

**CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

# **QUESTÕES ATUAIS DE DIREITO PROCESSUAL**

**Coordenação:**

*LILIAN ROSE LEMOS ROCHA*

*GABRIEL R. ROZENDO PINTO*

*ISRAEL ROCHA LIMA M. FILHO*

*RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS*

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# QUESTÕES ATUAIS

## *de direito processual*

Coordenadores

*Lilian Rose Lemos Rocha*  
*Gabriel R. Rozendo Pinto*  
*Israel Rocha Lima M. Filho*  
*Ricardo Victor Ferreira Bastos*

Brasília  
2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB**

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD**

**Diretor**

João Herculino de Souza Lopes Filho

**Diretor Técnico**

Rafael Aragão Souza Lopes

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Coordenadora**

Lilian Rose Lemos Rocha

**Projeto Gráfico**

André Luís César Ramos

**Diagramação**

Biblioteca Reitor João Herculino

**Capa**

UniCEUB

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : questões atuais de direito processual / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2019.

227 p.

ISBN 978-85-7267-004-3

1. Direito processual. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.9

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, AMPLIANDO AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO DIREITO BRASILEIRO ..... 04  
*MARIANA MELLO LOMBARDI*

A SUBSTITUIÇÃO DO POLO PASSIVO APÓS A ESTABILIZAÇÃO DA LIDE ..... 27  
*SARAH DE REZENDE ANTÔNIO*

CRISE DA JURISDIÇÃO ESTATAL: ADOÇÃO DA VIA ARBITRAL E POSSIBILIDADES DE FINANCIAMENTO ..... 46  
*MAYLA BEZERRA SANTOS*

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO PROCESSAMENTO E NA EXECUÇÃO DE SENTENÇA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ..... 61  
*FABIANA RODRIGUES XIMENES; LARISSA BROCHADO DE MELLO*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: APLICAÇÕES NO NOVO CPC E SUAS ATIPICIDADES ..... 87  
*SIMONE FERNANDES FERREIRA DIAS*

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A ATUAÇÃO COMO CORTE DE PRECEDENTES PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES .....  
... 111  
*FÁBIO BRETAS PRATA*

O AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO PEÇA IMPUGNATÓRIA AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE .....  
..... 128  
*VÍTOR FORTINI DÜVELIUS*

**MATÉRIA PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO STJ: REEXAME x REVALORAÇÃO E A SÚMULA 07**

..... 141

*JULIANA FALCÃO MACÊDO MATOS*

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A PARTIR DA EDIÇÃO DO ARTIGO 1.033 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

..... 153

*FERNANDO GOMES DE PAULA*

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS**

..... 165

*RAUL TORRES DE LIMA; MATHEUS PORTELA*

**REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DO AGRAVO INTERNO PARA TUTELA DE URGÊNCIA AMBIENTAL**

.... 190

*LEONARDO DE ARAÚJO VIEIRA*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO: O PROBLEMA DA TAXATIVIDADE NA NORMA PROCESSUAL**

..... 202

*THIAGO RODRIGUES MARTINS*

# A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, AMPLIANDO AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

*THE POSSIBILITY OF EXTENDING THE POSSIBILITIES TO APPEAL FROM INTERLOCUTORY DECISIONS IN BRAZILIAN LAW*

Mariana Mello Lombardi<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa estudar o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi no âmbito de recurso repetitivo que versa sobre controvérsia quanto à taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Se demonstrará as possibilidades sugeridas pela doutrina quanto à interpretação desse dispositivo. Por fim, se explicarão as razões pelas quais a Relatora entende que o artigo deve ser interpretado como se tivesse uma “taxatividade mitigada”, admitindo-se possibilidades não elencadas no dispositivo, desde provada a urgência. O estudo passa por breve explanação sobre o sistema de precedentes ampliado, no Brasil, pelo novo código

**Palavras-chave:** Ampliação. Cabimento. Agravo

## ABSTRACT

The purpose of this article is to study the vote cast by Minister Nancy Andrighi in the scope of a repetitive appeal that deals with controversy as to the rate of assumption of the merits of the instrument aggravation. It will demonstrate the possibilities suggested by the doctrine as to the interpretation of this device. Finally, the reasons for which the Rapporteur understands that the article should be interpreted as having a "mitigated rate of readiness" should be explained, admitting possibilities not listed in the device, since the urgency proved. The study goes through a brief explanation about the precedent system extended in Brazil by the new code.

**Keywords:** Enlargement. Appeal. Interlocutory

---

<sup>1</sup> Graduada em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Estudante do curso de Pós-Graduação em Prática Processual nos Tribunais, no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).



## 1 INTRODUÇÃO

Está<sup>2</sup> pendente de julgamento o recurso especial nº 1.704.520/MT, afetado ao rito dos repetitivos por tratar de controvérsia já formulada em outros recursos, qual seja: a taxatividade ou não do rol de possibilidades para a interposição de agravo de instrumento, previsto no art. 1.015, do CPC/15.

O caso tem recebido bastante atenção dos juristas, seja porque trata sobre controvérsia que interfere diretamente no dia-a-dia da prática forense, seja porque levanta uma vez mais a discussão acerca do que se costuma chamar de “ativismo judiciário”. Questiona-se se o Brasil tem, em sua dinâmica processual, um sistema derivado do *civil law* ou do *common law* – verifica-se que o novo código trouxe um grande privilégio aos precedentes, de forma que entende-se que o Brasil encontra-se, cada vez mais, inserido num sistema misto. O presente artigo, portanto, estudará o posicionamento adotado pela

Ministra Relatora, que já inclui em seu voto sugestões de modulação da decisão final, caso se concretize no mesmo sentido de seu voto.

Se demonstrarão outras propostas formuladas pela doutrina quanto à interpretação do rol do artigo 1.015, passando por aqueles que entendem pela sua interpretação restritiva, pelos que entendem que a interpretação deve ser extensiva e ainda, outros, que entendem que deve ser visto como meramente exemplificativo.

Se demonstrará que a Ministra entende que nenhuma das hipóteses mencionadas é adequada. Consigna que uma forma pode acarretar prejuízos à parte, que terá seu recurso, no futuro, inútil. A outra sugestão da doutrina não caberia porque ainda assim não conseguiria abarcar todas as possibilidades.

Por fim, a hipótese exemplificativa iria de encontro à intenção do legislador e traria grave insegurança jurídica quanto à questão da preclusão. A Relatora acaba por criar uma hipótese de interpretação baseada na questão da urgência, o que nos parece bastante adequado.

---

<sup>2</sup> O presente artigo foi escrito em outubro de 2018.

Ao final, se demonstrará a sugestão da Ministra quanto à modulação dos efeitos da decisão, caso o julgamento se conclua no sentido de seu voto.

## 2 O SISTEMA DE PRECEDENTES INSTITUÍDO NO CPC/15

Entende-se que o sistema de precedentes advém de uma necessidade de uniformização das decisões das Cortes. Isso decorreria de um ampliado acesso à justiça, de forma a acarretar uma massificação de demandas, o que traz como consequência inevitável uma menor atenção que o juiz pode dar ao caso concreto<sup>3</sup>.

É dentro desse cenário, de otimização de recursos humanos e de tempo quando da elaboração de uma decisão, que entra a jurisprudência e o uso pragmático de precedentes, como forma de, ao mesmo tempo, conferir a prestação jurisdicional conciliada com a razoável duração do processo.

Ocorre que o sistema de precedentes não é intuitivo ao magistrado, ou aos demais operadores do direito, brasileiro. As nossas normas advém de tradição romano-germânica, que se diferencia do *common law*, tradição inglesa e estadunidense a qual, essa sim, privilegia os precedentes, que possuem efeitos vinculantes e gerais.

A tradição romano-germânica, por sua vez, tem a lei como a principal fonte do direito, de forma que a jurisprudência não exerce papel vinculante *erga omnes*, desempenhando apenas um papel secundário.

No Brasil, a partir do código de 2015, o sistema de precedentes foi bastante ampliado. Agora, além de decisões proferidas nas Cortes Superiores, têm caráter vinculante também aquelas proferidas em Tribunais de segundo

---

<sup>3</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em outubro de 2018. Fls. 3-4.



grau, com o advento do incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>4</sup>. A previsão pode ser encontrada nos artigos 926 e seguintes do código<sup>5</sup>.

A nova leitura do código de processo civil, portanto, leva a uma eficácia persuasiva das decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e dos acórdãos em geral. Os acórdãos em demandas repetitivas, as súmulas vinculantes, os enunciados de súmulas do STJ e do STF agora possuem eficácia normativa<sup>6</sup>.

Entende-se que o sistema de precedentes advém da necessidade de se garantir segurança jurídica, isonomia e eficiência. Com esse caráter vinculante, o direito se torna mais previsível e reduz a ocorrência de decisões conflitantes.

Nesse sentido, o caso ora em estudo foi submetido ao regime de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça. Afetado ao rito dos repetitivos, deverá a Corte Especial decidir qual deverá ser a interpretação a ser realizada pelos Tribunais brasileiros quanto às hipóteses de cabimento do mandado de segurança.

<sup>4</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. fl. 11

<sup>5</sup> Art. 926. **Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável**, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, **os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante**. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. **Os juízes e os tribunais observarão**: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou **de resolução de demandas repetitivas** e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - **os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal** em matéria constitucional **e do Superior Tribunal de Justiça** em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...] § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º **Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica**. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

<sup>6</sup> MELLO; BARROSO. fl. 16 Diferenciam-se aquelas com efeito normativo forte e aquelas com efeito normativo em sentido fraco, sendo as primeiras aquelas que, se não atendidas, ensejam o ajuizamento de reclamação (art. 998, do CPC)

### 3 A RAZÃO DE SER DO ROL TAXATIVO DO ART. 1.015, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O agravo de instrumento na legislação brasileira, nas palavras de Teresa Arruda Alvim<sup>7</sup>, pode ter sua trajetória comparada ao mito grego de Prometeu, que, segundo a história, foi condenado a ficar acorrentado a uma montanha por milhares de anos. Todas as noites, viria um águia lhe comer o fígado, que se reconstituiria ao longo do dia, ciclo que se repetia indefinidamente.

A interessante analogia realizada pela professora surge de uma inquietação quanto ao status atribuído pelo legislador brasileiro ao agravo de instrumento quando da redação dos últimos códigos que regem o processo civil, ora lhe dando mais força, ora lhe esvaziando de sentido.

A conclusão a que chegou a autora não é difícil de se compreender: o código de processo civil de 1939 estabeleceu a existência do agravo de instrumento (à época, além do agravo de instrumento, também existiam outros tipos de agravo que agora não vêm ao caso) com o objetivo de se permitir a imediata recorribilidade de decisões que afetassem o futuro pronunciamento de mérito.

Com a finalidade de desestimular recursos, possivelmente lidos como protelatórios, em face de qualquer decisão interlocutória o legislador elencou um rol taxativo, pretensamente exaustivo, das situações que poderiam influir no julgamento de mérito da controvérsia (art. 842, do CPC/39) e que poderiam, desde logo, ser impugnadas pelo uso do agravo de instrumento.

A solução encontrada pelo legislador, tal qual a adotada no código de 2015, não foi capaz de abarcar, num rol estanque, todas as potenciais decisões interlocutórias que surgiriam no mundo dos fatos e que poderiam influir diretamente no julgamento do mérito da ação, atraindo a necessidade de impugnação imediata.

---

<sup>7</sup> ALVIM, Teresa Arruda. "Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro". 2018.

Diante da insatisfatoriedade do rol elencado no art. 842 do código então vigente, os advogados tiveram de encontrar alguma saída para garantir a apreciação de suas irresignações no segundo grau. Eis que surge a figura anômala do mandado de segurança em face de ato judicial<sup>8</sup>.

Com o objetivo de levar a questão a julgamento pelo Tribunal, passaram-se a impetrar inúmeros mandados de segurança que fugiam à sua função precípua e passaram a tomar a forma de recurso.

Assim, notável que o objetivo do legislador quanto à redução de recursos nos tribunais acabou restando frustrada, visto que os recursos adequados à potencial impugnação de certas decisões interlocutórias foram apenas substituídos por um uso “bizarro” do remédio constitucional<sup>9</sup>.

Surge o código de processo civil de 1973, que, embora tenha aberto as possibilidades de cabimento de agravo de instrumento, as submeteu ao lento processamento do recurso ainda no primeiro grau, de onde já se garantia o contraditório e se abriria a possibilidade de retratação do juízo de primeiro grau para, somente então, encaminhar o recurso para a apreciação do Tribunal.

Até lá, qualquer urgência que fundamentasse a impugnação poderia se esvaír e o recurso se tornaria inútil, esvaziado de sentido. A partir daí, é retomada prática anômala de uso do mandado de segurança como forma de recurso.

Dessa vez, não pela impossibilidade de recorrer de determinada decisão, mas em decorrência da mitigação da urgência e do potencial esvaziamento de sentido da interposição do recurso de agravo de instrumento, tendo em vista a demora para seu processamento e posterior análise pelo Tribunal.

A partir da identificação dessa dificuldade pós código de 1973, em 1995 foi realizada uma reforma no texto legal, que passou a permitir a interposição do agravo diretamente no segundo grau. Passou a ter menor relevância a

---

<sup>8</sup> ALVIM, Teresa Arruda. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.81.

<sup>9</sup> Os problemas da utilização do mandado de segurança como substituto de eventual recurso incabível são muitos.

possibilidade de retratação do juízo de primeiro grau e se privilegiou a apreciação célere do recurso.

Foi essa a forma utilizada para uso do agravo de instrumento até a promulgação do “novo” código de processo civil, em 2015. O novo código, aparentemente de forma contraditória, voltou a prever um rol taxativo de possibilidades de cabimento do agravo de instrumento<sup>10</sup>.

O retorno da concepção empreendida no código de 1939, segundo os próprios pareceres que acompanharam o projeto de lei do código de 2015, parte da intenção do legislador de “desafogar” o poder judiciário, promovendo a celeridade e reduzindo consideravelmente o número de recursos que chegariam ao Tribunal.

Ao que parece, o legislador ignorou a história e as consequências de uma tentativa de prever, no texto da norma, todas as possibilidades de decisões interlocutórias que poderiam influir diretamente no julgamento do mérito no primeiro grau, ensejando a interposição de agravo de instrumento. As demais irresignações com decisões interlocutórias deverão

Dessa forma, incorreu em falhas graves segundo a análise de juristas e estudiosos do direito. A título de exemplo, no rol taxativo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento disposto no CPC/15, não há previsão para a interposição de recurso em face de decisão que define a competência para julgamento do caso – esse, inclusive, é o caso a que se refere o recurso especial representante dos recursos repetitivos.

---

<sup>10</sup> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Parece ilógico e contraproducente – especialmente levando-se em conta que o rol taxativo objetivaria uma racionalização dos recursos – que uma decisão que define competência seja impugnada somente em sede de apelação.

Basta imaginar uma situação em que o Tribunal reconheça o erro da decisão que definiu a competência e anule todos os atos praticados pelo juízo incompetente, retornando a lide para seu início. Isso resultaria em um atraso de anos, na resolução do conflito, isso sem contar o desperdício de tempo, dinheiro e recursos humanos públicos para praticar atos nulos.

É a partir dessa questão de difícil resolução que passaram a ser recebidos no STJ recursos que versam sobre a interpretação do art. 1.015, CPC/15. Já se notou, em 1939 e em 1973, que a tentativa do Poder Legislativo de limitar de antemão a interposição de recursos não surte efeitos práticos.

Paralelamente, também deve ser atendida a vontade do legislador que reflete uma preocupação com um Poder Judiciário abarrotado de demandas, de recursos protelatórios, o que influencia na (falta de) celeridade na resolução de controvérsias e na adequada análise dos recursos das partes (se a quantidade de recursos é esmagadora, as partes requerem sua análise imediata e, mais, o judiciário trabalha com metas, alta é a tendência de que a qualidade das análises caia para que se dê abertura a uma análise mais célere e quantitativa). É nesse contexto que se inserem as pretensões de se conferir nova interpretação ao art. 1.015, do CPC/15.

#### **4 O STATUS DO JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO E O VOTO DA RELATORA**

Dos quinze Ministros que compõem a Corte Especial, votaram oito<sup>11</sup>. A Ministra Relatora, Nancy Andrighi votou no sentido de se conferir ao dispositivo um caráter de taxatividade mitigada, como se explicará adiante. Da

---

<sup>11</sup> Até o dia 07 de outubro de 2018.

mesma forma votaram os Ministros Luis Felipe Salomão, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Félix Fisher<sup>12</sup>.

Indo de encontro ao entendimento da Relatora são os votos da Ministra Maria Thereza de Assis Moura e dos Ministros João Otávio de Noronha e Humberto Martins, que entendem que não caberia à Corte “superinterpretar” a norma, que foi redigida da forma como pretendeu o legislativo.

Entendem que qualquer alteração a esse respeito deveria advir de projeto de lei, não de interferência do judiciário (nesse sentido, vão contra o chamado “ativismo judicial”). O recurso encontra-se atualmente sob a análise do Ministro Og Fernandes, que pediu vista.

O voto da Ministra Relatora, Nancy Andrigli, é bastante extenso e traz às claras diversas das questões que ensejam a controvérsia ora em debate. O referido voto é o que guia o presente estudo, que passa a analisá-lo a partir de agora.

A Ministra Relatora dividiu seu voto em algumas etapas. Primeiramente, assim como se fez no presente artigo, contextualizou historicamente as possibilidades de cabimento do agravo de instrumento em momentos distintos da história processual brasileira.

Na sequência, explicou as possibilidades trazidas pelas correntes majoritárias de juristas quanto à adequada interpretação do rol do artigo 1.015, do CPC/15: (a) o rol é absolutamente taxativo; (b) o rol é taxativo, mas admite interpretações extensivas ou analógicas; e (c) o rol é exemplificativo. Ao final, dá a sua própria sugestão de interpretação: o rol tem taxatividade mitigada.

---

<sup>12</sup> OLIVON, Beatriz. STJ segue dividido sobre uso ampliado de recurso. 03.10.2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/5902483/stj-segue-dividido-sobre-uso-ampliado-de-recurso>>. Acesso em outubro de 2018.

#### **4 A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A QUAL AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO SÃO, TAXATIVAMENTE, AS PREVISTAS NO ART. 1.015, DO CPC/15**

Como dito anteriormente ao justificar os votos dos Ministros que divergiram da posição adotada pela Ministra Relatora, há uma corrente que entende que a interpretação do art. 1.015 deve se restringir à letra da lei.

Nesse sentido, entende-se que houve uma opção consciente do legislador por definir aquelas possibilidades exclusivas de recorribilidade de decisões interlocutórias e que alterá-las seria o mesmo que usurpar o poder de quem tem a competência de formular as normas.

Ainda, há parte da doutrina que entende que entendimento diverso deste poderia acarretar grave insegurança jurídica, especialmente no que diz respeito ao sistema preclusivo estabelecido no código. Maior enfoque à questão da preclusão será dada mais adiante.

##### **a) A interpretação do rol do art. 1.015 como taxativo, porém admitindo interpretações extensivas ou analógicas**

Segundo essa interpretação, o rol seria taxativo, admitindo interpretações extensivas ou analógicas (que representam coisas diferentes). Aqueles que apoiam a interpretação extensiva das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento defendem a ampliação do “sentido da norma para além do conteúdo em sua letra”<sup>13</sup> de forma a reduzir a limitação da letra da lei.

A proposta é que a interpretação dos incisos do art. 1.015 não seja feita de forma literal, admitindo-se possibilidades que não estejam previstas no dispositivo, mas que a elas sejam próximas ou se assemelhem.

Os apoiadores a essa corrente são muitos, como citou a Ministra Relatora em seu voto. São doutrinadores processualistas que vão desde a Professora Teresa Arruda Alvim a Cássio Scapinella Bueno.

---

<sup>13</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 248-251.



Também há precedentes da Corte que apontam nesse mesmo sentido<sup>14</sup>, assim como foram os posicionamentos daqueles que ingressaram como *amicus curiae* no recurso especial ora em estudo (como a Associação de Direito Processual – ADPRO), além da União, da Defensoria Pública da União (DPU) e do próprio Ministério Público Federal (MPF).

A crítica da Ministra Relatora a esse tipo de interpretação do rol do art. 1.015 é bastante razoável e tem a ver com, até que ponto é admissível essa extensão interpretativa. Um dos precedentes da Corte citados, por exemplo, entendeu pela admissibilidade de agravo de instrumento em face de decisão que definiu a competência para julgamento de determinada ação. Nesse caso, utilizou-se da teoria extensiva para admitir o recurso, ao alegar-se que a hipótese de definição de competência seria semelhante à hipótese de rejeição de convenção de arbitragem.

A crítica feita pela Relatora é que, ainda que ela entenda que deve ser admitido agravo de instrumento em hipótese de decisão que verse sobre competência, a interpretação que a compara com a convenção de arbitragem seria extensiva *demaís*, de forma a abarcar num conceito jurídico totalmente diverso, similitudes inexistentes apenas para o fim de se ver admitido o agravo que verse sobre aquela determinada questão.

A opinião da Ministra Relatora é a de que essa possibilidade traria maior insegurança jurídica às partes, que poderiam nunca saber ao certo se uma decisão é recorrível ou não. Isso poderia acarretar numa possível interpretação, pelo Tribunal, de que certas questões, se impugnadas somente em sede de

---

<sup>14</sup> Dentre os quais foram citados os seguintes, da 2ª e 4ª Turmas: “REsp 1.695.936/MG, 2ª Turma, DJe 19/12/2017 (que aponta ser cabível o recurso da decisão que afasta o reconhecimento de prescrição e decadência), REsp 1.694.667/PR, 2ª Turma, DJe 18/12/2017 (que sinaliza a possibilidade de recorrer desde logo na hipótese de indeferimento de pedido de concessão de efeito suspensivo a embargos à execução) e, finalmente, REsp 1.679.909/RS, 4ª Turma, DJe 01/02/2018 (por meio do qual se admitiu o processamento de agravo de instrumento contra decisão que versava sobre competência, ao fundamento de que se trataria de hipótese similar àquela que rejeita a alegação de convenção de arbitragem).” As referidas turmas têm em sua composição os Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, que também compõem a Corte Especial e ainda não proferiram seus votos no recurso repetitivo. Isso pode levar a uma indicação que votariam se forma favorável à Relatora.

apelação, estariam preclusas porque poderiam ter sido alvo de recurso de agravo de instrumento, cabível em interpretação extensiva de determinado dispositivo.

## **5 A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A QUAL O ROL DO ART. 1015, DO CPC/15, É APENAS EXEMPLIFICATIVO**

Segundo parte da doutrina que defende a interpretação do rol do art. 1015 como sendo meramente exemplificativa, deve-se analisar a admissibilidade do agravo de instrumento tendo como fundamento o binômio necessidade/utilidade.

Nesse sentido, dever-se-ia analisar, no caso concreto, se recorrer daquela questão posteriormente esvaziaria, ou não, o sentido do possível recurso. Seria possível que o recorrente aguardasse pela resolução daquela questão somente em apelação, ou se perderia a utilidade do recurso diante do decurso de tempo e de atos processuais?

Conforme dispõe o art. 1.009, § 1º, do CPC/15<sup>15</sup>, todas aquelas decisões que não são passíveis de impugnação na via do agravo de instrumento, podem fazer parte de preliminares de apelação. Dessa forma, entende-se que o código abriu a possibilidade de se recorrer de quaisquer decisões interlocutórias, variando apenas se em sede de agravo de instrumento ou de apelação.

Assim, a corrente que defende a aplicação apenas exemplificativa do rol do art. 1015 entende que, se todas as decisões são recorríveis, deve-se assegurar a utilidade do julgamento do recurso, sob pena de violar o art. 5º, XXXV, da CF/88, que trata da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário.

Ora, o raciocínio não é exagerado. Se o código garante a recorribilidade de qualquer decisão, mas se a parte fica impossibilitada de impugnar desde logo uma decisão da qual decorra dano irreparável ou de difícil reparação, a

---

<sup>15</sup> Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

impugnação em sede de apelação pode esvaziar o recurso totalmente de sentido, tornando-o inútil<sup>16</sup>. Um exemplo claro seria a decisão que indefere pedido de que a ação tramite em segredo de justiça. Qual seria a utilidade de recurso, já em apelação, que impugnasse o indeferimento?

Outra parte da doutrina já defende, desde logo, certas hipóteses – além daquelas previstas nos incisos do art. 1.015 – que necessitariam de análise imediata, pelo agravo de instrumento. Seriam aquelas relacionadas às questões de ordem pública, as nulidades absolutas e aquelas que poderiam levar à extinção do processo<sup>17</sup>.

## **6 O POSICIONAMENTO DA MINISTRA RELATORA: A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ART. 1.015, CPC**

A Ministra Nancy Andrigli, portanto, estabeleceu algumas premissas antes de definir o seu voto. Afirma que é o entendimento majoritário da doutrina aquele segundo o qual a tentativa do legislador de estabelecer um rol exaustivo das possibilidades de cabimento de agravo de instrumento foi infeliz e não atende às reais necessidades das partes, retornando ao modelo recursal do CPC/39 (extremamente criticado) e deixando de acabar um sem número de questões urgentes e que deveriam ser examinadas de pronto pelo Tribunal.

Ainda, outra premissa que adota é a de que é necessário que haja uma via processual que possibilitem que essas questões urgentes sejam sanadas e analisadas, quando sua análise somente em sede de apelação se tornaria inútil. Consigna, também, que a utilização do mandado de segurança como forma de impugnar decisões não é adequada.

Estabelecidas essas premissas, a Ministra passa a expor seu voto propriamente dito. Demonstra que nenhuma norma pode ser interpretada de

---

<sup>16</sup> FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótima prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. Revista de Processo nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017. p. 193-203.

<sup>17</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento. Portal Consultor Jurídico, 18/07/2017.

forma isolada, mas sempre em consonância com os princípios que regem o sistema jurídico no qual ela se insere.

Dessa forma, ressalta que a norma processual, na qualidade de direito público, deve ser interpretada à luz da Constituição e que por essa razão, estabeleceu-se o primeiro capítulo do código, “Normas Fundamentais do Processo Civil”.

O referido capítulo tem como função precípua a de colocar no papel aquilo que já foi dito: o código deve ser lido sempre se utilizando das normas fundamentais estabelecidas na magna carta. Dentre as funções do capítulo, a Relatora ressalta aquela segundo a qual o STJ teria a “missão” de “exercer amplo controle acerca da mais adequada interpretação que se deva conferir aos dispositivos legais de índole processual existentes no sistema, tratando-se a hipótese em tela de um emblemático exemplo dessa obrigatoriedade”<sup>18</sup>.

Parte desse pressuposto para interpretar a norma ora em debate segundo as normas processuais e segundo a vontade do legislador, exprimida em posicionamentos de membros do legislativo ao longo da tramitação do projeto de lei que veio a estabelecer o atual código de processo civil<sup>19</sup>.

Nesse sentido, partindo do que se declarou nos pareceres que fomentaram a elaboração do código de processo civil de 2015, entende que o que deverá nortear a admissão ou não do recurso será a urgência do que se demanda no agravo que não se encaixe nas previsões contidas no art. 1015. Urgência, nesse caso, vai ao encontro da percepção do legislador do uso do agravo de instrumento nas situações que não poderiam aguardar para serem rediscutidas em sede de apelação.

---

<sup>18</sup> Fl. 28 do voto da Ministra Relatora. Essa referência traz consigo a percepção de o Brasil, como dito anteriormente, aderir a um sistema de precedentes, ainda que não completamente, mas que certamente privilegia a interpretação da norma exercida pelas Cortes Superiores.

<sup>19</sup> Trecho citado mais de uma vez ao longo do voto da Ministra advém do Parecer nº 956/2014, de relatoria do Senador Vital do Rego, segundo o qual as hipóteses previstas no art. 1.015 diriam respeito a “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”. Ou seja, as questões que não foram elencadas naqueles incisos, segundo a interpretação do legislador, não seriam urgentes e poderiam aguardar o momento da apelação para eventual impugnação.

A Relatora ainda demonstra que essa é a prática adotada em diversos países, como nos Estados Unidos da América, na França, na Alemanha e na Argentina<sup>20</sup>. Nesses países, aceita-se a impugnação a decisões interlocutórias quando a espera até o final do julgamento puder causar danos irreparáveis às partes. Isso, em todos os países acima, se fundamenta na questão da utilidade do recurso (ou sua inutilidade, se adiada a sua apreciação).

A Ministra entende que a análise da urgência e da utilidade do processo devem ser vistas em harmonia com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, já mencionado acima. O referido princípio, que em sua origem dizia respeito ao direito de ação, tem sua aplicabilidade estendida para compreender, também, o direito à tutela jurisdicional e ao efetivo acesso à justiça<sup>21</sup>.

Nesse sentido, merece ser reproduzida a citação de trecho da doutrina de Fredie Didier Jr., que aponta que o

Direito à tutela jurisdicional, o direito a um procedimento adequado, o direito a técnicas processuais adequadas para efetivar o direito afirmado, o direito à prova e o direito de recorrer são corolários do exercício do direito de ação. Todos são situações jurídicas que compõem o conteúdo eficaz do direito de ação.<sup>22</sup>

Ou seja, para garantir que seja útil aquele recurso que **já possui previsão no código** (uma vez que já se assentou que o CPC/15 estabelece que **todas** as decisões interlocutórias são recorríveis, se não em sede de agravo de instrumento, em sede de apelação ou contrarrazões de apelação – arts. 1.009, § 1º c/c 1.015), deve-se garantir a sua apreciação quando sua urgência for tanta que sua apreciação no futuro resultaria infrutífera.

Esses são, em termos gerais, os argumentos que levam a Relatora a assentar seu entendimento no sentido de se interpretar os incisos do art. 1.015, do CPC/15, como situações que, certamente, ensejarão o agravo de

<sup>20</sup> ALVIM, Teresa Arruda. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 88.

<sup>21</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de Direito processual civil: vol. 1, parte geral. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 85.

<sup>22</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 17ª Edição. Bahia: Jus Podivm, 2015. p. 285.

instrumento, admitindo-se o recurso em outras hipóteses, com o único requisito que se demonstre a urgência para sua apreciação.

Importante notar que há uma vital diferença entre a interpretação segundo a qual o rol seria meramente exemplificativo e a interpretação adotada pela Ministra, que o entende como possuindo uma taxatividade mitigada.

É que quando se entende que o rol é exemplificativo, as possibilidades se abrem de tal forma que praticamente se retornaria à interpretação adotada pelo Código de 1973, que não foi a intenção do legislador, como já se explicou neste artigo e como a Ministra apontou de forma ainda mais completa em seu voto.

A Ministra, ainda, faz um *discrímen* entre a sua proposta e aquela que sugere a interpretação extensiva do rol. Explicita que, de acordo com esta proposta, não seria possível interpor o recurso em face de decisão que versa sobre o segredo de justiça. Isso porque não há, dentre os incisos, nenhum que possa abarcar essa tese. Por essa razão, ela refuta essa tese, que é defendida por parte considerável da doutrina.

Nesse sentido, novamente se ressalta, a Ministra defende a tese da taxatividade mitigada do rol do art. 1.015. Afasta a taxatividade porque, como explicitado, entende que essa interpretação restritiva pode causar graves prejuízos à prestação jurisdicional.

Isso justamente por o rol não conseguir abarcar a totalidade dos pronunciamentos judiciais que, se não impugnados de imediato, podem trazer efeitos irreversíveis à esfera jurídica da parte ou, ainda, em caso de questões de ordem pública, acarretar a nulidade de grande parte dos atos processuais.

Afasta a tese da interpretação extensiva/analógica por entender que não há parâmetro objetivo e seguro quanto aos limites da interpretação de cada palavra ou conceito contidos na norma. Ainda, ressalta que não há hermenêutica que seja suficiente para abarcar, interpretando extensivamente os incisos, todas as possibilidades que deverão ensejar o recurso especial.

Ademais, consigna que interpretar o rol como meramente exemplificativo seria equivalente ao que dispôs o código de 1973, o que claramente não foi a intenção do legislador e, aí sim, se caracterizaria a usurpação daquele poder. Nos termos do voto, portanto:

A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a **urgência** que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito da **urgência**, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações. [...] Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo. (fls. 37-38).

## 7 O PROBLEMA DA PRECLUSÃO

Uma preocupação que correu todo o voto e que faz parte das questões levantadas por doutrinadores reside nos efeitos que eventual alteração de interpretação do dispositivo que ora se debate diz respeito à preclusão.

Isso porque o CPC de 2015 instituiu um regime de preclusão segundo o qual as questões que estão elencadas no art. 1.015 devem ser impugnadas pela via do agravo de instrumento, sob pena de preclusão<sup>23</sup>.

Nesse sentido, é evidente que eventual ampliação da interpretação do referido dispositivo poderia causar certa insegurança jurídica quanto a esse ponto. Poderia gerar uma ampliação de temas passíveis de preclusão imediata, sem que as partes sequer pudessem imaginar<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> O que se extrai da redação do art. 1009, § 1º: “Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”

<sup>24</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 1071.



Isso geraria prejuízos à parte que, da leitura do código, entende pelo cabimento de agravo de instrumento somente naquelas hipóteses taxativas previstas no art. 1.015.

Quando essa parte chegasse num momento de apelação e suscitasse temas não previstos no rol, poderia ser surpreendida ao perceber que teriam precluído, por serem passíveis de serem impugnadas de imediato em razão de eventual interpretação extensiva ou analógica.

Daí que a Relatora reforça que tal problema não existiria em casos de se entender o rol do art. 1.015 como de taxatividade mitigada, como ela propôs. Isso se daria em razão de a possibilidade de impugnação de decisão interlocutória não prevista nos incisos do dispositivo consistiria em uma **excepcionalidade**.

Se abriria a possibilidade para a interposição de agravo **caso se verifique a urgência na resolução da demanda**, consubstanciada na futura inutilidade de eventual recurso. Ou seja, aquela possibilidade continua não existindo no código, e somente passará a existir através de **ato comissivo da parte**, no sentido de provocar o judiciário a decidir se aquela questão é passível de análise em agravo de instrumento.

Se negativa a decisão, então a questão poderá ser suscitada em apelação ou em contrarrazões de apelação. Se positiva, não haverá que se falar em preclusão, uma vez que a questão já estará sob a análise do Tribunal.

**a) A modulação dos efeitos da decisão proposta no voto da Ministra Nancy Andrigli**

O voto da Ministra Relatora deveria, obviamente, estabelecer desde já uma regra para a modulação<sup>25</sup> dos efeitos da decisão, caso a Corte Especial acabe por acompanhá-la em seu voto, o que nos parece provável.

---

<sup>25</sup> “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não

A opção da Corte foi a de não sobrestar todos os processos que versassem sobre essa mesma matéria enquanto corre o julgamento. A praxe impõe que o sobrestamento dos demais processos que versem sobre a mesma controvérsia deve ser algo a ser visto com cuidado, sob pena de se prejudicar o andamento de inúmeras lides.

Como são diversas as que tratam sobre a matéria ora em debate, eventual sobrestamento de todas as demandas poderia acabar por tumultuar, ainda mais, a atuação do Poder Judiciário no país.

De qualquer forma, a solução sugerida pela Ministra Nancy quanto aos efeitos da decisão, caso o posicionamento dela (que interpreta o rol do art. 1.015, do CPC/15 como sendo de taxatividade mitigada) seja confirmado ao final do julgamento, é a de que somente se adote a solução encontrada pela Corte Especial a decisões proferidas após o final do julgamento da demanda repetitiva.

Assim, traçar-se-ia um limite objetivo no tempo que estabeleceria a uniformização da interpretação da norma, sempre possibilitando àqueles que não optarem por recorrer pela via do agravo de instrumento a opção de suscitar a questão controversa em sede de apelação ou em contrarrazões de apelação.

## 8 CONCLUSÃO

Diante que tudo o que foi exposto, entende-se como falha a opção do legislador em impor, no código de processo civil de 2015, um rol taxativo de possibilidades de cabimento do agravo de instrumento.

Embora se admita que a intenção seja nobre e necessária, no sentido de se reduzir as demandas recursais perante os Tribunais, que eram tidas como exageradas e muitas vezes advindas de pretensões meramente protelatórias, a solução encontrada pelo legislador não foi adequada.

---

se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.” Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Bastava um olhar mais cuidadoso à história do recurso do agravo de instrumento em códigos anteriores para que se chegasse à conclusão de que é indubitavelmente falha a tentativa de o legislativo prever, desde logo, todas as hipóteses em que seria necessária a apreciação do recurso de imediato, sob pena de causar danos irreparáveis à parte recorrente.

Além disso, também deveriam encontrar previsão no código aquelas questões de ordem pública, que embora possam não esvaziar um direito da parte, tornam a tramitação em primeiro grau completamente inútil, se desperdiçando o tempo do jurisdicionado, de servidores que se dedicaram a dar continuidade ao processo, do juiz ou da juíza que terá decidido toda a controvérsia, isso sem contar no gasto desnecessário de recursos públicos destinados a permitir o andamento do processo.

Um exemplo do que se acaba de referir seria a controvérsia objeto do recurso especial cujo julgamento se analisou no presente artigo: a questão da competência. Se se impossibilita o recurso em face de decisão interlocutória que define a competência, a questão somente poderá ser debatida em sede de apelação.

Caso o Tribunal entenda que, de fato, aquela irresignação merece ser atendida, deverão ser anulados todos os atos originários do juízo incompetente e deverá a ação ser redistribuída àquele competente. Nesse sentido, *pode ser* que não haja um dano irreparável à parte (além do tempo e de recursos gastos com advogados, se for o caso, desperdiçados).

No entanto, certamente haverá um prejuízo a todo o sistema judicial, que, já abarrotado, terá dispendido tempo, recurso materiais e humanos para resolver uma controvérsia que deverá ser reiniciada desde o princípio.

Ocorre que, mesmo com todos esses argumentos contrários ao rol exaustivo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o artigo 1.015 do CPC/15 foi escrito com essa redação e agora deve o judiciário lidar com a questão.

Admite-se que o “ativismo judiciário” tem tomado contornos um pouco excessivos, entendendo parte da doutrina e dos Ministros que compõem as Cortes de uniformização que a interpretação da norma deve chegar somente até certo ponto, sob pena de se usurpar a função do Poder Legislativo. Contudo, especialmente sob o novo sistema de precedentes estabelecido pelo código, os Tribunais Superiores do Brasil têm a função de interpretar o código sob uma ótica constitucionalista.

A proposta formulada pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do recurso em questão, nos parece adequada por conversar com as outras hipóteses e tratar de solução que, aparentemente, não teria o condão de gerar tanta insegurança jurídica e ao mesmo tempo supriria os anseios de partes e advogados que vêm seus direitos de recurso limitados.

Nesse sentido, o “placar” do julgamento, até o presente momento, encontra-se em vantagem<sup>26</sup> para a proposta da Ministra Nancy, segundo a qual o rol previsto nos incisos do art. 1.015 deve ser enxergado como uma “taxatividade mitigada”.

Essa solução afasta os perigos de uma insegurança jurídica quanto à preclusão e abre espaço para que o Tribunal verifique a urgência no caso a caso, admitindo apenas aqueles recursos que, segundo a lógica do legislador, perderiam sua função se deixados para serem analisados somente quando da apelação.

É certo que a posição dos demais Ministros, contrários à proposta, não deve ser desconsiderada. A solução adotada pela Relatora nos parece adequada ao imbróglio que resultou da atuação de certo modo “despreparada” do legislador. Contudo, é necessária a reflexão profunda a respeito de qual sistema que guia o sistema processual brasileiro. ....

O privilégio aos precedentes, estabelecido pelo próprio código e reforçado nos arts. 926 e seguintes, entendendo as Cortes Superiores como com função precípua a de uniformizar o direito, deve ser tomada com cautela.

---

<sup>26</sup> Cinco votos favoráveis em face de três votos contrários.

A *superinterpretação* de dispositivos, a criação de um sem fim de súmulas, que, se por um lado, uniformizam, por outro, chega a engessar a norma. A cautela deve se dar, inclusive porque a própria Constituição determina que têm efeitos vinculantes somente as súmulas vinculantes.

Portanto, ressalvada a cautela que se deve tomar quanto à função de uniformização e interpretação da norma pelas Cortes Superiores, tomando a devida cautela para não se cair no risco do chamado “ativismo judicial”, a solução encontrada pela Ministra Relatora, no caso concreto, nos parece a mais adequada para solucionar a avalanche de problemas acarretada pelo dispositivo ora em debate.

É que, como já demonstrado anteriormente, é impossível que o legislador consiga prever todas as possibilidades que ocorrerão na realidade e que ensejariam a necessidade imediata de apreciação de recurso em face de decisão interlocutória.

Não realizar um exercício interpretativo como o que foi feito pela Relatora, acabaria por ensejar o retorno da forma anômala de mandado de segurança em face de ato judicial, que de forma completamente desprendida de sua verdadeira função, faria as vezes do recurso. Isso, de certo, iria de encontro à intenção do legislador que, quando reduziu as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento a um rol exaustivo, o fez com a intenção de “desafogar” o Poder Judiciário.

Como já dito, o recurso que ora se analisa ainda está em fase de julgamento, podendo ainda restar vencedora a opinião que diverge daquela adotada pela Relatora e apoiada no presente artigo. Nos basta acompanhar o resultado.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **“Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro”**. 2018.

ALVIM, Teresa Arruda. Os **agravos no CPC brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Voto da Ministra Relatora no julgamento do **Recurso Especial nº 1.704.520/MT**.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 17ª Edição. Bahia: Jus Podivm, 2015. p. 285.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótima perspectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. **Revista de Processo** nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: método, 2017. p. 1071.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de Direito processual civil: vol. 1, parte geral**. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

OLIVON, Beatriz. **STJ segue dividido sobre uso ampliado de recurso. 03.10.2018**. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/5902483/stj-segue-dividido-sobre-uso-ampliado-de-recurso>>. Acesso em outubro de 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento**. Portal Consultor Jurídico, 18/07/2017.

A SUBSTITUIÇÃO DO POLO PASSIVO APÓS A ESTABILIZAÇÃO DA LIDE: A FIGURA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL COMO GESTORA FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS – FCVS ASSUMINDO A CONDENAÇÃO JUDICIAL IMPOSTA ÀS SEGURADORAS NAS AÇÕES QUE SE PLEITEIA COBERTURA SECURITÁRIA DA EXTINTA APÓLICE PÚBLICA, CONFORME PREVISÃO DA LEI Nº 13.000, DE 18 DE JUNHO DE 2014.

*THE SUBSTITUTION OF THE PASSIVE AFTER THE STABILIZATION OF LIDE: THE FEDERAL SAVINGS BANKS AS MANAGER VARIATION COMPENSATION FUND SALARIARIS – FCVS ASSUMING THE EXTINGUISHED PUBLIC POLICY IS CLAIMED, AS FORESEEN IN LAW Nº 13,000, OF JUNE 18, 2014*

Sarah de Rezende Antônio<sup>1</sup>

## RESUMO

A legislação processual brasileira é rígida ao determinar que para se propor uma ação é necessário ter interesse e legitimidade. Prescreve que o demandante deve indicar a parte em face de quem pretende demandar. O legislador processual se preocupou em limitar os casos em que poderá haver a alteração das partes proponente e demandado, com o intuito de trazer segurança e regularidade aos processos judiciais, evitando que a parte autora tumultue a marcha processual modificando a todo tempo o seu interesse e a quem pretende ver obrigado, pelo Estado Juiz, a cumprir determinada obrigação. No âmbito das demandas onde se busca cobertura securitária, especificadamente dos Seguros Habitacionais, existe uma grande controvérsia quando se está diante de contratos de financiamento que eram cobertos pela apólice pública, também conhecida como apólice do ramo 66. Isto, pois os autores pouco conhecem as especificidades desta apólice e como era operacionalizada, fazendo com que as ações sejam propostas em face de diversas seguradoras, que prestavam serviços ao FCVS, trazendo ao judiciário a função de dirimir sobre a (i)legitimidade destas para responder sobre o pleito dos autores. Neste contexto, recentemente o Judiciário foi instado a analisar a possibilidade de impor, em sede de cumprimento de sentença onde já havia sentença condenatória imposta à Federal Seguros S.A., a terceira seguradora que não era originalmente a parte demandada, a obrigação de pagar o montante da condenação. Isto se deu em razão de a Federal Seguros S.A. ter entrado em liquidação judicial o que dificultaria aos autores o recebimento de seus créditos judiciais. Sobre este fato é que este artigo analisará as possibilidades legais de se impor à terceiros os ônus da coisa julgada.

**Palavras-chave:** Substituição Processual. FCVS. Estabilização da lide. Coisa julgada.

---

<sup>1</sup> Advogada, graduada em Direito pela PUC – GO. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.



## ABSTRACT

Brazilian procedural legislation is rigid in determining that in order to propose an action it is necessary to have interest and legitimacy. It prescribes that the plaintiff must indicate the party in the face of whom he intends to sue. The procedural legislator was concerned with limiting the cases in which there could be a change of the proposing and defendant parties, with the purpose of bringing security and regularity to the judicial processes, avoiding that the author part to disturb the procedural march modifying at all time their interest and to whom it intends to see forced, by the State Judge, to fulfill certain obligation. In the scope of demands for insurance cover, specifically housing insurance, there is a great controversy when it comes to financing contracts that were covered by the public policy, also known as the 66 policy. the specifics of this policy and how it was operationalized, so that the actions are proposed in the face of several insurers, who provided services to the FCVS, bringing to the judiciary the function of deciding on their legitimacy to respond to the authors' lawsuit. In this context, the Judiciary was recently asked to examine the possibility of imposing, in compliance with a judgment where Federal Insurance SA, the third insurer who was not originally the defendant, had already been convicted, the obligation to pay the amount conviction. This was due to the fact that Federal Seguros S.A. entered into legal liquidation, which would make it difficult for authors to receive their judicial claims. About this fact is that this article will analyze the legal possibilities of imposing on third parties the burden of *res judicata*.

**Key words:** Procedural Substitution. FCVS. Stabilization of the *lide*. *Res judicata*.

## 1 INTRODUÇÃO

Na década de 1960 surgia no Brasil o Sistema Financeiro de Habitação – instituído pela Lei 4.380/1964, cujo objetivo era incentivar a população a aquisição de imóveis por meio de financiamento, o qual seria gerido pelo Banco Nacional de Habitação – BNH. Para garantir a estabilidade econômica foi determinado, mediante o Decreto Lei nº 73/1966 a obrigatoriedade de se contratar seguros para bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras pública, surgia aí o Seguro Habitacional – apólice pública, cujas coberturas básicas eram Morte e Invalidez Permanente – MIP e Danos Físicos no Imóvel - DFI.

Há época criou-se o Fundo de Compensações de Variações Salariais, cujo objetivo inicial

era assumir a cobertura do saldo devedor residual, eventualmente existente após o pagamento das prestações do financiamento. Era composto por uma parte da parcela do encargo mensal. A partir de 1988, através do decreto Lei nº 2.476, o FCVS assumiu a garantia do equilíbrio da Apólice pública do Seguro Habitacional, absorvendo os valores e a sistemática do Fundo de Equalização da Sinistralidade da Apólice – FESA.

Após a extinção do BNH, pelo Decreto Lei nº 2.291, de 1986, a Caixa Econômica Federal assumiu a operacionalização do Sistema Financeiro de Habitação, funcionando como Agente Financeiro – concessor dos financiamentos, mas também como a gestora dos fundos públicos como o FCVS. A partir de então assumiu todos os direitos e obrigações decorrentes dos financiamentos habitacionais.

A apólice pública existiu até dezembro de 2009, sendo que a partir de 1998 os mutuários

dos financiamentos habitacionais poderiam optar entre contratar o seguro pela apólice pública que ficou conhecida como Ramo 66, ou pela apólice privada – Ramo 68- comercializada pelas seguradoras privadas. Porém, o que poucos sabem é que ainda na apólice pública poderia existir a figura das seguradoras privadas, isto porque o BNH, e posteriormente a CEF não tinham expertise em regulação de sinistros, ou seja, não eram seguradores propriamente ditos. Por isto, autorizou-se a terceirização destes serviços à seguradoras privadas. Assim, o Brasil era dividido em região e em cada uma delas havia uma seguradora autorizada a atuar, onde era responsável pelo recolhimento dos prêmios e pela dedução da taxa de administração, pela regulação dos sinistros e a consequente liberação da indenização, pelo repasse de recursos remanescente ao Fundo, em caso de superávit, ou recebimento de recurso, em caso de déficit. Em razão desta atuação das seguradoras privadas na apólice pública surgiu a necessidade de regulamentação, externada através das Circulares e Resoluções do BNH e da Susep.

Em razão também da atuação das seguradoras privadas na apólice pública é que se gerou a

instabilidade jurídica quanto a (i) legitimidade destas para responder, judicialmente, pelas coberturas da apólice, tendo em vista que eram elas quem procedia com a regulação administrativa, quem determinava se determinado sinistro era passível de cobertura ou não, e em sendo coberto quem pagava as indenizações. Nesse contexto, surgiu a necessidade de pronunciamento do judiciário para esclarecer em quais casos havia a obrigatoriedade da presença da CEF no polo passivo das ações, questões que serão abordadas com mais profundidade a seguir.

## 2 A LEGITIMIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conforme destacado nos artigos 17 e 485 do Código de Processo Civil, descritos abaixo, a condição de parte legitimada é requisito intrínseco para se propor a demanda, vejamos:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

(...)

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

Entende-se por legitimidade a capacidade de determinada pessoa, física, jurídica ou ente despersonalizado, de figurar na condição de demandante ou demandado em uma ação judicial. Seja como titular do direito pleiteado, seja como agente responsável por determinada obrigação, positiva ou negativa.

Cassio Scarpinella Bueno destaca que a questão da legitimidade, após o advento do Código de Processo Civil, continua sendo uma das condições da ação, escrevendo o seguinte:

[...]É o art. 17 que mantém vivas as restantes “condições da ação”. De acordo com o dispositivo, “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Estão aí preservados, portanto, o “interesse de agir” (ou “interesse

processual”) e a “legitimidade para agir” (ou “legitimidade para causa”).[...]

Postular, contudo, não pode ser compreendido apenas do ponto de vista do autor, aquele que rompe a inércia da jurisdição para pedir tutela jurisdicional. Também o réu postula em juízo. E o faz mesmo quando se limita a resistir à pretensão autoral sem reconvir. Os terceiros, ao pretenderem intervir no processo, também postulam. É essa a razão pela qual entendo importante adotar, em diversas passagens deste Manual, a palavra postulação querendo descrever com ela o exercício de direito de ação ao longo do processo, que não se confunde com a ação em si mesma considerada nem com a petição inicial (demanda) e, menos ainda, confina-se ao autor. Nesse sentido, o texto do art. 17 no CPC de 2015 é amplo o suficiente para albergar todos aqueles que, como autores, como réus ou como terceiros, agem em juízo.<sup>2</sup>

Logo, podemos identificar que para dirimir qualquer questão no âmbito das ações judiciais é necessário verificar a capacidade das partes de figurarem nos polos da demandas. Sob pena de a ação ter seu processamento obstando, devendo o juízo da causa extinguir o feito sem nem mesmo analisar as questões de mérito ali propostas. Ainda sobre a questão da legitimidade convém trazer para a análise as possibilidades de se haver a substituição ou alteração das partes. Primeiramente, destacamos o artigo 108 do CPC/2016 que determina que “no curso do processo, somente é lícita a sucessão voluntária das partes nos casos expressos em lei.” O referido dispositivo, como se vê de seu teor, é categórico ao determinar que a substituição “só é permitida nos casos expressos em lei”. Essa redação, com o emprego da palavra “só” e a menção a “casos expressos em lei”, obviamente, tem por objetivo restringir o escopo da substituição e impedir que ela ocorra em qualquer outra hipótese que não aquelas claramente previstas na legislação – como, por exemplo, hipóteses previstas em norma administrativas e/ou regulamentares. O legislador, aqui, não deixou qualquer margem discricionária para o intérprete da norma, visando trazer ao processo a estabilidade jurídica necessária para o seu bom desenvolvimento.

<sup>2</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. São Paulo: Saraiva, 2016

De forma análoga aplica-se à possibilidade de alteração do polo passivo especificamente a previsão do artigo 329 do Código de processo Civil, que permite ao autor da ação alterar o pleito da demanda:

Art. 329. O autor poderá:

- até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;
- até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

Partindo dessa delimitação temporal temos a ocorrência do fenômeno da estabilização da lide, ou seja, a relação processual está formada, a causa de pedir e os pedidos estão definidos e aptos a receberem o julgamento do Estado Juiz. Este princípio que visa dar efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. Partindo deste princípio analisaremos a análise das ações que envolvem a apólice pública e as regras específicas que se aplicam a estes casos.

### **3 ASPECTOS DA LEI Nº 13.000 DE 2014: INTERVENÇÃO DA CEF NAS AÇÕES QUE ENVOLVEM A APÓLICE PÚBLICA**

Muito se discutiu sobre a necessidade da presença da Caixa Econômica Federal nas ações cujo pleito se relacionava às garantias da apólice pública, regulamentada pela Circular Susep nº 111/1999. A Lei 13.000 de 18 de junho de 2014 veio justamente com o intuito de pacificar esta discussão, pois determinou que a Caixa Econômica Federal defendesse judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS. Em seu bojo discriminou quando e como a CEF deveria intervir nas ações judiciais onde se busca as garantias da extinta apólice pública, abaixo transcrita:

Art. 3º A Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal - CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

§ 1º A. CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas.

§ 3º Fica a CEF autorizada a realizar acordos nas ações judiciais, conforme parâmetros aprovados pelo CCFCVS e pela Advocacia-Geral da União.

§ 4º Todos os atos processuais realizados na Justiça Estadual ou na do Distrito Federal devem ser aproveitados na Justiça Federal, na forma da lei.

§ 5º As ações em que a CEF intervir terão prioridade de tramitação na Justiça Federal nos casos em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, pessoa portadora de deficiência física ou mental ou pessoa portadora de doença grave, nos termos da Lei nº 12.008, de 29 de julho de 2009.

§ 6º A CEF deverá ser intimada nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual que tenham por objeto a extinta apólice pública do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação - SH/SFH, para que manifeste o seu interesse em intervir no feito.

§ 7º Nos processos em que a apólice de seguro não é coberta pelo FCVS, a causa deverá ser processada na Justiça Comum Estadual.

§ 8º Caso o processo trate de apólices públicas e privadas, deverá ocorrer o desmembramento do processo, com a remessa à Justiça Federal apenas dos pleitos fundados em apólices do ramo público, mantendo-se na Justiça Comum Estadual as demandas referentes às demais apólices.

§ 9º (VETADO).

§ 10. Os depósitos judiciais já realizados por determinação da Justiça Estadual permanecerão no âmbito estadual até sua liberação ou a decisão final do processo."

Art. 4º A União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, poderá intervir nas ações de que trata o art. 1º-A da Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, na forma do art. 5º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ou avocá-las, na forma do art. 8º-C da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995.

Art. 5º Em relação aos feitos em andamento, a Caixa Econômica Federal - CEF providenciará o seu ingresso imediato como representante do FCVS.

A Resolução Conselho Curador doo FCVS nº 364, DE 28 DE MARÇO DE 2014, que revogou a Resolução CCFCVS 297 / 2011, ratifica a responsabilidade da CAIXA, administradora do FCVS, nos contratos com seguro vinculado à apólice Ramo 66, in verbis:

Art. 2º A CAIXA, na qualidade de Administradora do FCVS, deve postular o ingresso nas ações judiciais que vierem a ser propostas ou que já estejam em curso, independentemente da fase em que se encontrem, que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas.

§ 1º Nas ações judiciais que envolvam o extinto Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - SH/SFH, o ingresso deverá ser requerido em quaisquer dos seguintes casos:

- Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, averbados na apólice do extinto SH/SFH (ramo 66) e ativas na data da propositura da ação;
- Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, inicialmente averbados na apólice do extinto SH/SFH (ramo 66) e que, na data da liquidação da dívida, antecipadamente ou por decurso de prazo, ainda estavam averbados na mesma apólice;
- Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, inicialmente averbados na apólice do extinto SH/SFH (ramo 66) e cuja fundamentação da ação seja vício de construção;
- Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, inicialmente averbados na apólice do extinto SH/SFH (ramo 66) e cuja fundamentação da ação seja evento, relacionado às garantias da referida apólice, comprovadamente ocorrido enquanto o contrato de financiamento esteve vinculado à Apólice;
- Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação até 24 de junho de 1998.

§ 2º Nas ações judiciais em que for previamente comprovado o atendimento a pelo menos um dos requisitos constantes dos incisos I a V do parágrafo 1º deste artigo, o ingresso da CAIXA será requerido para que

nelas figure como parte, ou, sucessivamente, como assistente litisconsorcial ou assistente simples.

§ 3º Nas ações judiciais do extinto SH/SFH (ramo 66) que envolvam múltiplos autores, a CAIXA requererá o ingresso somente para os autores cujos imóveis se enquadrarem em pelo menos um dos requisitos constantes dos incisos I a V do parágrafo 1º deste artigo.

Os normativos acima transcritos visam determinar que a CEF é a única legitimada a defender os interesses do FCVS em juízo, isto porque é a detentora da gestão do referido fundo. Ente com capacidade jurídica para responder pelas coberturas da apólice pública e para gerir os recursos ali disponibilizados, os quais são utilizados para os pagamentos das indenizações e condenações judiciais. Convém destacar também que se a CEF é a pessoa jurídica legitimada para representar o FCVS a Justiça Federal é o órgão jurisdicional com competência para julgar as ações. Nesse sentido aplica-se a Súmula nº 150 do Superior Tribunal de Justiça, determinando que “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.” Pois, ao se identificar a presença da Caixa Econômica Federal e/ou a União – por meio da AGU, conforme autorizado pela Lei nº 13.000/2014 as ações que estão em trâmite nos Tribunais Estaduais devem ser remetidas à Justiça Federal. Aqui, chamo atenção para o fato de que a competência funcional da Justiça Federal somente passa a existir a partir do momento em que se identifica a necessidade de intervenção do Banco Público e da União no processo, ou seja, se ficar demonstrado que ali se discute as garantias da apólice pública – ramo 66. Logo, os atos praticados na Justiça Estadual se mantêm incólumes, a não ser que o juízo federal se manifeste contrariamente os revogando.

Para pôr fim também à discussão sobre a competência para julgamento das ações onde se fica evidenciado o interesse do FCVS e a necessidade da presença da CAIXA na lide, o Tribunal Regional Federal editou a súmula nº 121, para pôr fim a discussão neste sentido nas ações que tramitam em seus limites territoriais. Abaixo a transcrição do seu teor:



É competente a Justiça Federal nos feitos em que se discute cobertura securitária, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), quando se tratar de apólice pública (ramo 66), vinculada ao FCVS, considerando o advento da Lei 13.000/2014, que assegurou a intervenção da CEF como representante judicial do FCVS.

Apesar dos esforços da legislação e da jurisprudência para pacificação do tema, ainda existe muita discussão sobre o assunto, e neste âmbito surgiu em meados de 2016 uma nova questão a ser debatida no Tribunal, a sucessão processual em razão da decretação de liquidação extrajudicial da Federal Seguros S/A. Seguradora privada que também prestou serviços de operacionalização da apólice pública. Sobre este tema abriremos o tópico adiante.

#### 4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA: CASO FEDERAL SEGUROS

A Superintendência de Seguros Privados – SUSEP - através da Portaria nº 5967/2014 decretou a Liquidação Extrajudicial das empresas Federal Seguros S.A e Federal Vida Previdência S.A a partir de 01 de agosto de 2014. Assim nos termos do artigo 18<sup>3</sup> da Lei nº 6.024/74 todas as ações que tramitavam em face desta Cia Seguradora deveriam ser suspensas, porém alguns autores encontraram uma possibilidade de se transferir os ônus das condenações já impostas à Federal

Seguros S/A para a Caixa Seguradora S/A. Tal manobra, podemos assim qualificar, estaria prevista em normas administrativas e regulamentares, mais especificamente no item 3.3 c/c item 2.3 da Circular 111/99 da SUSEP, que dispõe sobre as “Condições Especiais, Particulares e as Normas e Rotinas para a Apólice de Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação”, abaixo transcritos para comodidade de exame:

3.3 - Havendo decretação de liquidação de Seguradora, a nova Seguradora definida conforme o item 2.3 assumirá a imediata regulação e liquidação dos sinistros.

---

<sup>3</sup> Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação;

(...)

2.3 - Ocorrendo a decretação de liquidação de Seguradora, o Estipulante, no prazo de 20 (vinte) dias, deverá manifestar junto à IRB-Brasil Re a opção por nova Seguradora dentre as elegíveis nas Regiões de sua atuação.

Com base neste argumento pleitearam nas ações em trâmite que se retirasse do polo passivo das ações a Federal Seguros S/A e incluíssem a Caixa Seguradora S/A, justificando que a Circular previa esta sucessão e portanto a Caixa Seguradora deveria, na condição de suposta “Seguradora Líder”, fazendo uma analogia ao Seguro DPVAT, assumir o cumprimento das condenações impostas à Federal Seguros.

O judiciário estava sendo impulsionado a analisar a possibilidade jurídica de se aceitar tal sucessão processual, baseada em norma infralegal. A discussão traz à superfície os princípios da estabilização da lide, da ampla defesa e do contraditório e, de forma indireta, a coisa julgada. A substituição foi deferida por alguns juízes em 1ª Instância, os Tribunais, em sede de julgamento de Agravo, se manifestaram pela impossibilidade desta sucessão, pela violação de normas processuais e princípios constitucionais. Abaixo, seguem transcritas algumas ementas:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SUBSTITUIÇÃO DA FEDERAL DE SEGUROS PELA CAIXA SEGURADORA S/A NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PROVA DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS EMPRESAS

(SOLIDARIEDADE) QUANDO DA DISSOLUÇÃO DA FEDERAL SEGUROS S/A. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ASSUNÇÃO DA DÍVIDA PELA CAIXA

SEGURADORA S/A NA FORMA EXIGIDA PELO ART. 568, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO SUBSUNÇÃO LEGAL PARA O PRETENSO ATO DE SUBSTITUIÇÃO DA EXECUTADA. SUCESSÃO QUE INFRINGE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO DOS ACLARATÓRIOS.

- Diante da não demonstração do liame jurídico entre as empresas de seguro (Federal de Seguros S/A e Caixa Seguradora S/A), não há que se falar em sucessão processual.- Não evidenciada, de forma peremptória, a solidariedade existente entre a Federal de Seguros S/A e a Caixa Seguradora S/A quando da época do recolhimento

dos prêmios, não há que se falar em sucessão por solidariedade na execução.- Não subsumindo à hipótese ao inciso III do art. 568 do Código de Processo Civil, deve prevalecer como sujeito pa (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00014150520158150000, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES JOSE RICARDO PORTO , j. em 21-07-2015)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PREJUDICIAL DE

MÉRITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA EM OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DA RÉ FEDERAL SEGUROS S.A. PELA CAIXA SEGURADORA S.A. PROCESSO NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À COISA JULGADA. REFORMA DA DECISÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.

PRECEDENTES. (TJRN – AI: 20160186653 RN, Relator: Desembargador João

Rebouças, j. em 02/03/2017)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - POLO PASSIVO - INVIABILIDADE - NCPC ART. 108 - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL 1 Nos termos do art. 108 do NCPC (CPC/1973, art. 41), a substituição do polo passivo de relação processual já perfectibilizada só é viável nos casos expressos previstos em lei. 2 Os dispositivos que versam sobre a substituição das seguradoras durante o procedimento administrativo de regulação de sinistros (Circular SUSEP n. 111/1.999) não se equiparam

à lei, de forma a autorizar a substituição processual em lide cuja triangulação processual já se formou (NCPC, art. 329, I). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 401034033.2016.8.24.0000, de São José, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 13-02-2017).

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA SEGURADORA/TERCEIRA INTERESSADA PELA CAIXA

SEGURADORA S/A. IMPOSSIBILIDADE. OCORRENCIA DA COISA JULGADA MATERIAL. NAO PARTICIPACAO DESTA NA FASE DE CONHECIMENTO DA ACAO PRINCIPAL PROPOSTA PELOS MUTUARIOS.

SENTENCA EXECUTADA QUE VINCULA APENAS AS PARTES LITIGANTES NA ORIGEM. RESPEITO AO PRINCIPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITORIO. REFORMA DA DECISAO AGRAVADA QUE SE IMPOE. PRECEDENTES RECENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTICA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. I - Nao verificacao nos autos de que a agravante, CAIXA SEGURadora S/A, tenha sido demandada no processo de origem, de forma a legitimar a sua inclusao na demanda judicial ja em fase de cumprimento da sentenca e, por conseguinte, a constricao dos seus bens para responder pelos pagamentos das indenizacoes determinadas na sentenca prolatada; II - Ato que se revestiria em possivel violacao aos principios da coisa julgada, do devido processo legal e do contraditorio; III - Precedentes do Superior Tribunal de Justica (STJ), no AgRg no RMS 45.323/CE, Rel. Min. Benedito Goncalves, 1ª Turma, J.

09/09/2014, DJe 16/09/2014, bem ainda da 3ª Camara Civel (TJRN) no AI nº

2015.014483-4, relatoria da Juiza Convocada Berenice Capuxu, J. 26/04/2016; IV -

Conhecimento e provimento do Agravo de Instrumento. CONCLUSAO: ACORDAM os Desembargadores que integram a 3ª Camara Civel deste Egregio Tribunal de Justica, a unanimidade de votos, ausente parecer ministerial, em conhecer e dar provimento ao Agravo de Instrumento nº 2017.000641-3, para reformar a decisao guerreada, nos termos do voto desta Relatoria. (TJ RN – AI 2017.000641-3, Relator: Desembargador Vivaldo Pinheiro, j. em 25/04/2017)

"PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA EM OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 93, INCISO IX, DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DA RÉ FEDERAL SEGUROS S.A. PELA CAIXA SEGURADORA S.A. PROCESSO NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À COISA JULGADA. REFORMA DA DECISÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.

PRECEDENTES. "(TJRN. AI nº 2016.018665-3. Rel. Des. JOÃO REBOUÇAS. 3ª

Câmara Cível. J. 02.03.2017)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. SUSPENSÃO DO

FEITO EXECUTÓRIO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 18, "A" DA LEI Nº 6.024/74. SUSPENSÃO QUE VISA EVITAR REPERCUSSÃO DIRETA NO ACERVO PATRIMONIAL DA ENTIDADE LIQUIDANDA. ALEGAÇÕES DOS

AGRAVANTES INSUFICIENTES PARA IMPOR A REFORMA DO DECISUM

HOSTILIZADO. DECISÃO MANTIDA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA SEGURADORA AGRAVADA PELA CAIXA SEGURADORA. NÃO PARTICIPAÇÃO DESTA NA FASE DE CONHECIMENTO. SENTENÇA EXECUTADA QUE VINCULA APENAS AS PARTES RECORRENTES. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Os processos de que

trata o art. 18, "a" da Lei nº 6.024/74, sobretudo quando cuida de feito executivo, vez que redundará em redução do acervo patrimonial da massa em liquidação." (TJ/RN, AI 2015.014483-4, 3ª Câmara Cível, Rel. Magistrada Convocada BERENICE CAPUXU, j.

26/04/2016)

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCLUSÃO DE TERCEIRO NO PÓLO PASSIVO. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE SUBJETIVA DA LIDE. ANGULARIZAÇÃO PROCESSUAL FORMALIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DOS PÓLOS APÓS A

CITAÇÃO VÁLIDA, SALVO AS EXCEÇÕES PREVISTAS EM LEI. MODIFICAÇÃO

QUE IMPLICARIA O CERCEAMENTO DE DEFESA DA NOVA PARTE RÉ E NFRINGIRIA A SEGURANÇA JURÍDICA NECESSÁRIA AO DESENVOLVIMENTO DA LIDE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 108, 329, II E 506 DO

NCPC. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTE DOS

TRIBUNAIS PÁTRIOS. (TJRN, AI 2016.012921-3, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. JOÃO REBOUÇAS, j. 21.03.17)

Evidente, portanto, que a substituição processual das seguradoras fere diretamente o disposto no artigo 506 do Código de Processo Civil, que determina que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não

prejudicando terceiros.” Assim, não pode uma seguradora terceira à lide ser obrigada a assumir obrigação imposta ao requerido “originário” sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Nesta situação considerando que a Seguradora, condenada a efetuar o pagamento da indenização securitária para contratos que contaram com cobertura pelo FCVS, se encontra em liquidação, a Caixa Econômica Federal deve intervir para que, na condição de gestora do fundo e de seus recursos, possa garantir o adimplemento da obrigação imposta por sentença. Aqui cabe novamente destacar que esta sucessão não estaria ofendendo os dispositivos legais, pois conforme já indicado anteriormente, nos termos da Lei nº 13.000/2014, à esta empresa pública foi atribuído o encargo de representação processual do FCVS. Neste caso, a sucessão autorizada pelo artigo 108 do Código de Processo Civil, pois é um caso expressamente permitido – por Lei – de sucessão voluntária de partes.

Para ilustrar a questão da imposição legal para que a CEF assumas as demandas com pleito referente as garantias da Apólice Pública – ramo 66, convém destacar o seguinte entendimento jurisprudencial:

Agravo de instrumento interposto pela caixa seguradora s/a, objetivando reformar a decisao proferida pelo juizo de Direito da 12ª Vara Civel da Comarca de Natal/RN que, por ocasio do cumprimento provisorio de sentenca, deferiu o pedido de substituicao processual e determinou sua intimacao para, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifestar sobre a demanda. (...) pugnou pela concessao do efeito suspensivo e, no merito, pelo provimento do recurso para determinar que a caixa seguradora seja excluida, assim com o prosseguimento do feito exclusivamente contra a unica seguradora re, a Federal de Seguros. Relatado. Decido. (...) A relacao juridica firmada entre as seguradoras que compoem o pool responsavel pela prestacao dos seguros nao enseja a substituicao processual, nos termos do que regulava o art. 41 do antigo CPC e do que disciplina o art. 108 do novel diploma instrumental civil e nao reclama a incidencia do conteudo presente em tais disposicoes, porque inadmissivel a substituicao (sucessao) processual, quando ja formado o titulo executivo, isto e, a sentenca condenatoria de merito, vindo o substituto a ser alcançado por um preceito sentencial proferido num processo do qual nao foi parte integrante nem sequer teve a oportunidade e o direito de se defender. Em verdade, ha

uma corresponsabilidade a ensejar a formação do vínculo de solidariedade passiva, de tal modo que qualquer uma pode ser demandada para figurar no polo passivo da relação processual, mas não em caráter sucessivo ou substitutivo, quando já existente o título executivo judicial, no caso, a sentença de mérito que reconheceu a responsabilidade contratual em desfavor da Federal de Seguros. E que a eventual impossibilidade prática de afetar o patrimônio de uma delas acarreta sua substituição pela Caixa Econômica Federal, na condição de representante do FCVS e, portanto, garante a operação de securitização, consoante o regime normativo atual decorrente da Lei 13.000/14. Nesse caso, a Caixa Econômica pode intervir depois do julgamento de primeiro grau, substituindo ou sucedendo a seguradora re, porquanto sua legitimidade extraordinária e *ope legis*, isto é, tem origem normativa, consoante o art. 5º da Lei 12.409/11 com redação dada pela Lei 13.000/14. Nesta ordem, veja-se que o citado art. 5º da Lei mencionada não restringe a integração da Caixa Econômica Federal a processos que estejam em fase de conhecimento, isso porque seu ingresso é imediato e tem origem normativa. A propósito, sua literalidade: Art. 5º Em relação aos feitos em andamento, a Caixa Econômica Federal – CEF providenciara o seu ingresso imediato como representante do FCVS. Assim, tenho como demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, pois a sucessão da Federal Seguros pela caixa seguradora, pelo menos em juízo *perfunctorio*, próprio deste momento processual, mostra-se inapropriada ante sua não integração a *lide*, quando do julgamento de primeiro grau, sendo certo que somente a Caixa Econômica Federal poderia integrar a relação processual, antes ou depois do julgamento meritório. Por tais fundamentos, tenho por demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, bem como o perigo de dano irreparável e de difícil reparação, uma vez que caso não suspensa a decisão agravada, certamente ocorrerá um atraso na efetividade da sentença. A vista do exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo. Comunicar o inteiro teor desta decisão ao Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Natal/RN para o devido cumprimento.”

(...) (AI 2017.000603-5, Rel. Des. IBANEZ MONTEIRO, j. 13.02.17)

Portanto, não há dúvidas de que, ao incluir nas ações que estão em tramite, em especial aquelas que estão na fase execução a Caixa Seguradora S/A – terceira estranha à *lide* – que não tem qualquer ingerência sobre os recursos do FCVS e não é a pessoa designada pela lei para representar os interesses do fundo das ações relativas ao SH/SFH –, na qualidade de responsável pelo

pagamento da indenização arbitrada há expressa violação o disposto nos artigo 3º da Lei 13.000/14, nas regras do Processo Civil brasileiro, e acima de tudo dos Princípios Constitucionais.

## 5 CONCLUSÃO

De toda análise feita nos tópicos acima conclui-se que a legislação processual brasileira é rígida ao estabelecer as regras para constituição válida da ação – condições da ação. Ao entender que após a citação do requerido indicado na peça inicial há a denominada estabilização da lide, o que geraria um efeito de “congelamento” limitando os pedidos ali propostos e a quem estão direcionados, estando o Estado Juiz limitado a julgar o que lhe foi pedido e atribuir a obrigação a quem é de direito.

Apesar de toda essa rigidez existem casos em que pode haver certa flexibilização nas regras, tal ocorre com os casos em que a ação envolve pedido referente as garantias da apólice pública de Seguro Habitacional no Sistema Financeiro de Habitação – SH/SFH. Fato é que a Lei nº 13.000/2014 traz ao ordenamento jurídico a permissão para que a Caixa Econômica Federal e/ou a União pleiteie o seu ingresso na lide, na situação em que se encontra, podendo inclusive substituir a parte demandada originalmente, descolando a competência funcional para a Justiça Federal sem gerar nulidade dos atos já praticados.

Neste contexto, temos a problemática da situação de liquidação extrajudicial da Federal Seguros S/A, pessoa jurídica de direito privado que prestou serviços de operação da apólice pública. Com a declaração da sua liquidação pela Susep autores diversas ações que haviam sido propostas em face desta Cia Seguradora, com receio de não ver seus créditos – decorrentes de condenações judiciais – adimplidos utilizaram de uma previsão em norma infralegal para pedir ao judiciário que se procedesse com a sucessão processual, impondo a Caixa Seguradora, também pessoa jurídica de direito privado, a obrigação imposta por condenação transitada em julgado. Tal manobra processual gerou uma instabilidade jurídica, acerca da legitimidade para



responder/representar o FCVS, que ainda hoje está sendo discutida nos Tribunais.

Em uma análise sistemática das normas entende-se que a substituição da Federal Seguros

pela Caixa Seguros, em especial na fase de execução de sentença, fere princípios e regras materiais emanadas do poder Legislativo. Sendo que a única sucessão admitida seria a de que Caixa Econômica Federal como gestora do FCVS assumisse o ônus condenatório imposto sobre a Federal Seguros, pois haveria respaldo legal – por meio da Lei nº 13.000/2014 para que tal sucessão acontecesse. Garantido aos credores judiciais que o seu crédito fosse adimplido e que terceiro estranho à lide, que não detém obrigação legal e/ou contratual de assumir tal ônus, como é o caso da Caixa Seguradora, não fosse atingido pela coisa julgada material.

## REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil** : inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2º. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016..

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil** comentado – 2º. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

FUZ, Luiz e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comparado – Lei 13.105/2015** – 3ª ed. Revista – São Paulo: Método, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: senado, 1988.

BRASIL. **LEI Nº 13.000, DE 18 DE JUNHO DE 2014**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20112014/2014/Lei/L13000.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13000.htm)>. Acesso em: 02/10/2018.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015** – Código de Processo Civil. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art485](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art485)>. Acesso em: 02/10/2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 73, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1966**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/DecretoLei/Del0073.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del0073.htm#art20)>. Acesso em: 02/10/2018.

BRASIL. **CIRCULAR SUSEP Nº 111, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília, DF: MINISTÉRIO DA FAZENDA Superintendência de Seguros Privados. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=2&codigo=7819>>. Acesso em: 02/10/2018.

# CRISE DA JURISDIÇÃO ESTATAL: ADOÇÃO DA VIA ARBITRAL E POSSIBILIDADES DE FINANCIAMENTO

## STATE-OWNED JURISDICTION CRISIS: ADOPTION OF THE ARBITRAL WAY AND POSSIBILITIES OF FINANCING

Mayla Bezerra Santos<sup>1</sup>

### RESUMO

Em meio à crise do Poder Judiciário, surge a possibilidade de utilização de outros meios de resolução de controvérsias. O presente trabalho visa analisar a adoção da arbitragem como um instrumento apto a solucionar os conflitos que se apresentam na sociedade em alternativa à jurisdição estatal. Foram analisadas as vantagens e desvantagens, concluindo-se que a questão econômica ainda é um grande entrave para a utilização e sedimentação do instituto, fator que incentiva, a adoção do contrato de financiamento.

**Palavras-chave:** Crise do Poder Judiciário. Arbitragem. Financiamento.

### ABSTRACT

In the midst of the crisis of the Judiciary power, there is the possibility of using other means of resolving controversies. This academic work tends to analyze the adoption of arbitration as an instrument capable of solve the conflicts that present themselves in society as an alternative to state jurisdiction. The advantages and disadvantages were analyzed, concluding that the economic situation is still a big obstacle to the use and sedimentation in the institute, which encourages the adoption of the financing agreement.

**Key words:** Crisis of the Judiciary Power. Arbitration. Financing.

### 1 INTRODUÇÃO

Em meio à crise crescente do Poder Judiciário, que encontra-se abarrotado de demandas, surge a possibilidade de incentivo a outros meios de resolução de controvérsias diversos do oferecido pelo Estado, como a Arbitragem, que é um instrumento privado e, o mais utilizado fora da esfera da Jurisdição estatal.

---

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Advogada. E-mail: maylasantos.adv@gmail.com. Currículo: [https://wwws.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.menu?f\\_cod=0A60C8E512E3F2F23795A49AAB15650C#](https://wwws.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=0A60C8E512E3F2F23795A49AAB15650C#).

Antes do Estado funcionar de forma organizada, as pessoas, para resolverem eventuais conflitos, procuravam “sábios” e religiosos, que exerciam verdadeiro papéis de árbitros. No entanto, com a organização do Estado moderno, essa função caiu em desuso e passou a ser exercida pelo próprio Estado.

O Estado tem a função de jurisdição, ou seja, é o Estado-juiz que diz o direito no caso concreto. Mas, essa função não é exercida de forma plena, o acesso à justiça tem sido questionado por muitos estudiosos e especialistas do ramo do Direito, pois os Órgãos Jurisdicionais não conseguem mais suprir as finalidades para os quais foram criados, em decorrência da quantidade de processos, do número escasso de servidores e magistrados, bem como da quantidade excessiva de recursos com caráter meramente protelatório.

Nesse contexto, os métodos alternativos de resolução de controvérsias, principalmente a arbitragem, ganham força legislativa, diante de uma pressão doutrinária e social acerca da importância da adoção de tais institutos. A arbitragem reúne diversas vantagens se comparada com a jurisdição tradicional, é mais célere, informal, autônoma e é possível obter uma decisão mais técnica e justa, haja vista que o árbitro é um especialista escolhido pelos próprios envolvidos no conflito.

Nessa senda, o presente trabalho tem como escopo analisar o instituto da arbitragem no Brasil, suas vantagens, desvantagens, princípios norteadores, bem como tecer um breve comentário acerca da possibilidade do financiamento arbitral em nosso país, haja vista que o principal entrave para a sua sedimentação ainda é a questão econômica.

## 2 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

Críticas ao desempenho das instituições jurisdicionais acompanham desde a sua instalação no Brasil. Durante o período colonial, era possível identificar a inoperância e o quanto esses órgãos destoavam de um modelo de justiça minimamente satisfatório. Mas, nos últimos tempos, tornou-se

dominante a ideia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se obsoletas e refratárias a qualquer mudança.<sup>2</sup>

Essa situação de sobrecarga de processos decorre, em grande parte, das transformações que vêm passando a sociedade brasileira, da intensa conflituosidade decorrente de inúmeros fatores, dentre os quais, a economia de massa. Alguns conflitos são levados de maneira coletiva, mas a grande maioria das demandas são judicializadas individualmente, o que leva ao fenômeno de processos repetitivos.<sup>3</sup>

Ademais, a realidade brasileira é incompatível com o modelo judiciário atual, pois é caracterizada por desigualdades sociais, regionais e setoriais; por situações de miserabilidade que negam o princípio da igualdade formal; impedem o acesso de parcela significativa aos tribunais e por um sistema legal fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade, dada a profusão de normas editadas para casos conjunturais.<sup>4</sup>

Ato contínuo, tem-se que o Judiciário mostra-se incapaz de solucionar satisfatoriamente as demandas que lhe são submetidas. Hoje, abarrotados com os milhões de processos iniciados todos os anos, os Tribunais não têm sido capazes de garantir decisões céleres, definitivas e eficazes aos jurisdicionados.<sup>5</sup>

Assim, a utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias, em especial dos consensuais, ao instrumental e institucionalizado, certamente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e execuções, bem como propiciaria uma transformação social com a mudança de mentalidade para uma

---

<sup>2</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. Estudos avançados, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

<sup>3</sup> WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: Revista de Processo. 2011. p. 381-389.

<sup>4</sup> FARIA, José Eduardo. A crise do judiciário no Brasil. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/472/GAJOP\\_Independencia\\_dos\\_Juizes\\_no\\_Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=23](http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/472/GAJOP_Independencia_dos_Juizes_no_Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=23)>. Acesso em 6 out. 2018.

<sup>5</sup> ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/9de9ecc398efc20c24c40b1dba5674d4.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2018.

solução mais adequada aos conflitos, considerando as peculiaridades e especificidades dos casos e das partes envolvidas.<sup>6</sup>

### 3 ARBITRAGEM NO BRASIL

Em 2016, celebrou-se os 20 anos da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) e os 25 anos da Operação Arbitrer, que foi um movimento iniciado pelo Dr. Petronio Muniz com apoio de juristas, advogados, professores e parlamentares para a elaboração de um anteprojeto de lei que abordasse o referido instituto. A Lei de Arbitragem (LArb) foi promulgada em 1996.<sup>7</sup>

No entanto, a recepção da Lei não foi imediata, por cinco anos, a sua constitucionalidade foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), sob argumento de violação da garantia de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF). Contudo, em 2001, por maioria, a Corte confirmou a constitucionalidade do referido diploma legal, por entender que a arbitragem se limita a demandas que envolvem direitos disponíveis e que o inciso XXXV representa apenas o direito à ação e não um dever.<sup>8</sup>

Após, em julho de 2002, houve a ratificação pelo governo brasileiro da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que ocorreu em Nova York. Consolidando, portanto, o arcabouço legislativo brasileiro de apoio à consagração da arbitragem como instrumento eficaz de resolução de litígios patrimoniais, inclusive, no ambiente internacional.<sup>9</sup>

Por intermédio dessas inovações legislativas, o Brasil instituiu a possibilidade das partes resolverem as suas disputas por meio de uma arbitragem privada e com a mesma eficácia vinculante de uma decisão

<sup>6</sup> WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: Revista de Processo. 2011. p. 381-389.

<sup>7</sup> WEBER, Ana Carolina... [et al]; coord. MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZZI, Renato Rezende. A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 2-19.

<sup>8</sup> SALLES, Carlos Aberto De. Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Método, 2012. p. 8.

<sup>9</sup> WEBER, Ana Carolina... [et al]; coord. MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZZI, Renato Rezende. A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 2-19.

jurisdicional. Embora vinculada à concordância das partes, uma vez pactuada a arbitragem, os litigantes estão compelidos (até pelo próprio Estado) a observá-la e cumprir o que foi decidido pelo árbitro.<sup>10</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também pacificou o entendimento – inicialmente rechaçado por magistrados que alegavam não serem meros “auxiliares” dos árbitros – de que é indispensável a apreciação pelo Poder Judiciário de pleitos e cautelares de urgência que tenham como objetivo garantir a eficácia do procedimento arbitral. Tal entendimento foi incorporado pela Lei nº 9.307/1996 e pela Lei nº 13.129/2015, o que revela um apoio crescente do Poder Judiciário ao instituto da arbitragem, tornando a contratação da solução arbitral mais segura e confiável àqueles que têm interesse em utilizá-la em suas relações jurídico-econômicas.<sup>11</sup>....

#### 4 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM.

A arbitragem pode ser definida como um meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos resultantes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente um entendedor da matéria controvertida.<sup>12</sup>

Segundo leciona Leonardo de Faria Beraldo:

Pode-se conceituar a arbitragem como sendo um processo no qual as partes, por meio de pacto privado, delegam a um árbitro, que nem mesmo precisa ser bacharel em Direito, bastando apenas que seja pessoa capaz, o poder de decidir a lide, dentro dos limites estabelecidos previamente na convenção, desde que verse sobre direitos disponíveis, sem a intervenção do Poder Judiciário, produzindo, a sentença arbitral, os mesmos efeitos da sentença judicial.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> SALLES, Carlos Aberto De, Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Método, 2012.

<sup>11</sup> WEBER, Ana Carolina... [et al]; coord. MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZZI, Renato Rezende. A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>12</sup> SCAVONE JUNIOR, L. A. Manual de Arbitragem: mediação e conciliação. 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012195&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>>. Acesso em: 1 de out. de 2018.

<sup>13</sup> BERALDO, L. De F. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

Segundo dispõe o artigo 1º, caput e §1º, da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), tanto as pessoas capazes de contratar, como a Administração Pública direta e indireta poderão valer-se da arbitragem como instrumento para solucionar conflitos relativos à direitos patrimoniais disponíveis.<sup>14</sup>

Nesse sentido, a arbitragem resulta de um negócio jurídico por meio do qual as partes envolvidas optam pela solução arbitral, declinando da jurisdição estatal em razão dos seus direitos patrimoniais e disponíveis, vale dizer, direitos que tenham percepção valorativa (sentido econômico-financeiro) e que podem ser transacionados.<sup>15</sup>

No que se refere à natureza jurídica, não há um consenso na doutrina, inúmeras são as teorias, sendo as mais citadas: a privatista e a publicista. A primeira, considera a arbitragem um negócio jurídico, onde o árbitro é contratado apenas para dirigir um processo e sentenciá-lo, não tendo poderes para forçar o cumprimento de suas decisões. Já a segunda, também conhecida como jurisdicionalista, reconhece, na arbitragem, verdadeira atividade jurisdicional, inclusive, porque a lei outorga poderes ao árbitro para solucionar os conflitos existentes entre as partes.<sup>16</sup>

Observa-se, portanto, um hibridismo na natureza jurídica da arbitragem, pois apesar de ter uma natureza privada (liberdade de contratar cláusula arbitral, escolha dos árbitros, ritos e legislações), suas decisões possuem o mesmo valor das decisões do Poder Judiciário, o que revela, também, o seu caráter publicista.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm)>. Acesso em: 1 out. 2018.

<sup>15</sup> SCAVONE JUNIOR, L. A. Manual de Arbitragem: mediação e conciliação. 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012195&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>>. Acesso em: 1 de out. de 2018.

<sup>16</sup> BERALDO, L. De F. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014. (p.3-4).

<sup>17</sup> SÉLLOS, Viviane. A Responsabilidade Social dos Tribunais Arbitrais como Meio de Efetivação do Acesso ao Direito Fundamental à Justiça e à Ampla Cidadania. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/184/159>>. Acesso em: 01 out. 2018.



## 4.1 Princípios norteadores

Dentre outros, os princípios que merecem destaque no instituto da arbitragem são os seguintes: autonomia privada (Arts. 1º e 39, I e II, LArb); boa fé (art. 20, LArb); autonomia da cláusula da convenção de arbitragem em relação ao contrato (art. 8º LArb); competência-competência (Art. 8º, §ú, LArb); temporariedade (arts. 12, III, 11, III e 23 LArb) e garantias processuais (arts. 13, §6º, 21, §2º, 38, III, LArb).

O princípio da autonomia privada, autoriza os particulares a auto-regulamentação e autodeterminação de seus interesses, desde que não sejam contrários à ordem pública, aos bons costumes e às normas cogentes. Já a boa-fé, proíbe o abuso de direito, o comportamento contraditório e atos eivados de má-fé, por parte dos litigantes que voluntariamente elegeram a arbitragem como forma de resolução de conflitos.<sup>18</sup>

Por sua vez, a autonomia da cláusula da convenção de arbitragem enuncia que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que esteja inserida, ou seja, mesmo diante de eventual nulidade do contrato, a cláusula permanecerá válida.<sup>19</sup>

De outro lado, o princípio da competência-competência, nos informa que compete ao árbitro a capacidade para analisar a sua própria competência, ou seja, avaliar, por primeiro, a possibilidade de ser julgado por ele o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato.<sup>20</sup>

A temporariedade nos informa que a relação tem caráter transitório, não podendo ser uma sujeição eterna, razão pela qual a Lei de Arbitragem prevê o prazo de seis meses, caso não exista outro estipulado pelas partes, para a

<sup>18</sup> RABAY, Arthur. Princípios da Arbitragem. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/principios\_da\_arbitragem%20(1).pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm)>. Acesso em: 1 out. 2018.

<sup>20</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: RT, 2011. p. 75.

prolação da sentença arbitral, sob pena de extinção da cláusula contratual e possibilidade de ajuizamento na via judicial (arts. 12, III, 11, III e 23, LArb).<sup>21</sup>

Por fim, no que se refere aos princípios básicos, tem-se que algumas garantias processuais mínimas deverão ser observadas para que a sentença arbitral possa gozar de credibilidade e confiança das partes envolvidas e da sociedade, quais sejam: devido processo legal, ampla defesa, contraditório, igualdade das partes, imparcialidade, livre convencimento do árbitro, decisão fundamentada e etc.<sup>22</sup>

## 4.2 Vantagens e desvantagens

Quando estamos diante de um determinado conflito, caso queiramos recorrer ao Judiciário, precisamos elaborar uma petição inicial e aguardar: a citação, a contestação, a produção de provas, as audiências, a sentença que poderá ser objeto de vários recursos. No entanto, se houver no contrato, uma cláusula arbitral, significa que as partes concordaram, previamente, em levar eventual litígio à solução de um árbitro ou de um tribunal arbitral, de modo que a solução será informal e mais rápida, pois virá em tempo consideravelmente menor que aquele necessário para a solução judicial.<sup>23</sup>

Aqui, vale dizer, que a própria Lei da Arbitragem prevê, em seu artigo 23, que a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes ou caso não tenham estipulado previamente, em seis meses da instituição da arbitragem ou substituição do prazo.

<sup>21</sup> Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

<sup>22</sup> RABAY, Arthur. Princípios da Arbitragem. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/principios\_da\_arbitragem%20(1).pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>23</sup> SCAVONE JUNIOR, L. A. Manual de arbitragem : mediação e conciliação. 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012195&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 1 out. 2018.

Ademais, no procedimento arbitral há liberdade de escolha, haja vista que as partes elegem o órgão julgador com base na confiabilidade e qualificação técnica, bem como podem determinar: a irrecorribilidade de sentença, afastando a demora e a prolação da execução, sendo desnecessária a publicidade dos atos no processo arbitral.<sup>24</sup>

Nessa medida, podemos listar as principais vantagens da Arbitragem como: especialização, posto que é possível nomear um árbitro entendedor da matéria controvertida; rapidez, pois o procedimento adotado na arbitragem é consideravelmente mais célere que o judicial; irrecorribilidade, porque a sentença arbitral não é passível de recurso; informalidade, já que as partes estabelecem o direito material e processual que serão utilizados (dentro dos limites legais) e confidencialidade, pois os litigantes podem manter o processo judicial em sigilo, o que diverge da regra de publicidade prevista no Código de Processo Civil (CPC).<sup>25</sup>

De outro lado, tem-se que a arbitragem nem sempre se apresenta como um meio atrativo para o litigante comum, pessoa física de condições econômicas médias. A verdade é que, o cidadão além de poder requerer à justiça estatal o benefício da assistência judiciária gratuita, também tem o direito de usufruir do serviço da Defensoria Pública para ter acesso justo ao Poder Judiciário, o que não ocorre no âmbito da arbitragem.<sup>26</sup>

O item 6.1, do Anexo I, da Tabela de Custas e Honorários dos Árbitros da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP<sup>27</sup>, nos informa

<sup>24</sup> SÉLLOS, Viviane. A Responsabilidade Social dos Tribunais Arbitrais como Meio de Efetivação do Acesso ao Direito Fundamental à Justiça e à Ampla Cidadania. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/184/159>>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>25</sup> SCAVONE JUNIOR, L. A. Manual de arbitragem : mediação e conciliação. 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000012195&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>>. Acesso em: 1 out. 2018.

<sup>26</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 376.

<sup>27</sup> A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp foi instituída em maio de 1995 pelo Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp) e pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp). Tem por objetivo administrar conciliações, mediações e arbitragens que lhe forem submetidas, prestando assessoria no desenvolvimento dos procedimentos. Possui

que os custos da arbitragem incluem: honorários e despesas dos árbitros; taxa de registro; taxa de administração; honorários e despesas de peritos nomeados pelo Tribunal Arbitral e as despesas incorridas para o desenvolvimento do procedimento arbitral.<sup>28</sup>

A título de ilustração, vale explicitar alguns custos da arbitragem requerida junto à Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, considerando-se uma arbitragem com o valor da causa em R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais): taxa de registro R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), taxa de administração R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), honorários de árbitro R\$ 115.180,00 (cento e quinze mil e cento e oitenta reais), despesas R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), totalizando o montante de R\$ 255.180,00 (duzentos e cinquenta e cinco mil e cento e oitenta reais), a serem divididos pelas partes.

Nesta senda, verifica-se que os custos da arbitragem tendem a ser excessivamente onerosos, principalmente se comparados com as custas de um processo ajuizado perante à Justiça Estatal, razão pela qual a sua utilização é muito mais comum entre partes economicamente poderosas.

## 5 FINANCIAMENTO DA ARBITRAGEM: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

Como já exposto, os dispêndios com a Arbitragem tendem a ser extremamente elevados, nesse contexto, surge a possibilidade de que as disputas arbitrais sejam financiadas por terceiros, o que já é realidade em muitos países, inclusive, no Brasil.

As origens do financiamento da arbitragem remontam à situações específicas ocorridas na Austrália e nos Estados Unidos, onde empresas muito próximas da insolvência, tiveram suas dificuldades econômico-financeiras causadas por um contratante poderoso, contra o qual não tinham meios de lidar num processo judicial ou arbitral. A situação financeira das empresas não se

---

gestão autônoma, independente e está há 21 anos auxiliando na consolidação dos meios adequados de solução de

identifica mais com os seus ativos, elas podem estar estáveis, mas com problemas de fluxo de caixa. Assim, cria-se uma oportunidade de parceria com financiadores, sendo repassados determinados riscos do valor e dividindo-se o resultado que vier a ser obtido entre a parte e quem a financiou.<sup>29</sup>

Tem-se entendido que, via de regra, não há qualquer impedimento legal ou ético para a realização do financiamento. Contudo, a operação precisa ser analisada em todos os seus aspectos, pois, ao mesmo tempo em que pode encorajar a utilização da arbitragem, pode, também, perturbar o seu bom funcionamento.<sup>30</sup>

O financiamento funciona de forma simples: uma terceira parte cobre as despesas do litígio, em troca de uma percentagem a ser cobrada sobre o proveito econômico. Desse processo, geralmente participam o advogado da parte, o grupo de analistas da empresa financiadora e, eventualmente, um intermediário (*broker*), que funciona como uma espécie de corretor. Nesse contrato de financiamento constará: cláusulas sobre o tipo de informação que deve ser compartilhada, forma de resolução de disputas, o que se pretende cobrir, despesas e ônus da sucumbência.<sup>31</sup>

Uma área privilegiada do financiamento seria a arbitragem requerida por grupos que corresponde à *class action* do direito norte-americano e, em certo sentido, à ação civil pública, especialmente, no que se refere à Lei nº 7.913/1989, que trata da proteção dos investidores no caso de fraude ou manipulação no mercado de capitais. Este tipo de procedimento seria menos

---

<sup>29</sup> WALD, Arnoldo. Alguns Aspectos Positivos e Negativos da Arbitragem. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RArbMed\\_n.49.03.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.03.PDF)>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>30</sup> WALD, Arnoldo. Alguns Aspectos Positivos e Negativos da Arbitragem. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RArbMed\\_n.49.03.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.03.PDF)>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>31</sup> NAKAGAWA, Adriana. O financiamento de disputas arbitrais. Disponível em: <[http://www.bicharalaw.com.br/midia/Valor\\_SMR.pdf](http://www.bicharalaw.com.br/midia/Valor_SMR.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2018.

oneroso para as partes e não obrigaria os advogados a um investimento importante, que não está na essência da sua atividade profissional.<sup>32</sup>

O financiamento pode ser um estímulo ao uso da arbitragem, principalmente, nos casos em que as partes só recorrem ao Poder Judiciário por falta de recursos e necessidade de utilizar os serviços prestados pela Defensoria Pública ou por um advogado pago pelo Estado. Sendo, portanto, uma desobstrução da arbitragem a um público que não consegue utilizá-la e, conseqüentemente, não desfruta das suas vantagens.<sup>33</sup>

No cenário da arbitragem internacional, o financiamento tem figurado no centro das atenções e os exemplos vêm se multiplicando. Entretanto, o papel do financiador ainda não foi satisfatoriamente elucidado. Alguns temem que possa haver conflito de interesses e desrespeito ao devido processo legal, bem como violações contra a confidencialidade nas arbitragens e do sigilo profissional. No entanto, o financiador não tem (ou não deveria ter) vínculo com o núcleo da disputa. Ainda, há uma discussão acerca da própria natureza do financiamento como um fator capaz de mudar o equilíbrio econômico entre as partes, com efeito sobre a sucumbência.<sup>34</sup>

Diante disso, é preciso que haja muita cautela na elaboração do contrato de financiamento, devendo as cláusulas resolverem todos os eventuais problemas que possam surgir. Além da preocupação com a confidencialidade, é necessário que as atribuições entre essa relação trilateral (financiador, financiado e advogado) seja claramente definida para que não haja conflito de interesses. Ademais, a confidencialidade deve ser preservada, embora se admita

---

<sup>32</sup> WALD, Arnoldo. Alguns Aspectos Positivos e Negativos da Arbitragem. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RArbMed\\_n.49.03.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.03.PDF)>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>33</sup> WALD, Arnoldo. Alguns Aspectos Positivos e Negativos da Arbitragem. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RArbMed\\_n.49.03.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.03.PDF)>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>34</sup> NAKAGAWA, Adriana. O financiamento de disputas arbitrais. Disponível em: <[http://www.bicharalaw.com.br/midia/Valor\\_SMR.pdf](http://www.bicharalaw.com.br/midia/Valor_SMR.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2018.

que o financiador possa e, em alguns casos, deva ter acesso às peças processuais.<sup>35</sup>

Por fim, é necessário que haja um exame da operação pelas partes, pelos advogados e pelas Câmaras de Arbitragem. Pelas partes, porque o financiamento surge como um novo instrumento colocado à sua disposição, sendo necessário que tomem as precauções devidas para que os seus interesses sejam preservados. Pelos advogados, pois por se tratar de uma relação complexa, é necessário redobrar a atenção ao contrato, principalmente no tocante ao regime jurídico que deverá ser adotado e, pelas Câmaras arbitrais, porque é necessário que abordem a matéria em seus códigos de conduta, bem como tomem posições acerca desse novo instituto, se espelhando nas lições da doutrina e em congressos nacionais e internacionais.<sup>36</sup>

## 6 CONCLUSÃO

Desta forma, conclui-se que diante da ineficácia do Poder Judiciário em prestar um serviço célere e de qualidade aos jurisdicionados, a adoção de outros meios de resolução de controvérsias deve ser incentivada, principalmente o instituto da arbitragem, que por ser um instrumento privado, possui muito mais liberdade e autonomia para os seus contraentes. Ademais, a resposta para os conflitos tende a ser muito mais célere e, por vezes, mais técnica e eficaz, haja vista que a escolha dos árbitros é realizada pelas partes contraentes.

No entanto, apesar das diversas vantagens da arbitragem, a questão econômica ainda é um entrave para a sua sedimentação, porquanto os custos para a sua instalação costumam ser extremamente elevados. Nessa perspectiva, surge a possibilidade de financiamento da arbitragem por terceiros, operação

---

<sup>35</sup> WALD, Arnaldo. Alguns Aspectos Positivos e Negativos da Arbitragem. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RArbMed\\_n.49.03.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.03.PDF)>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>36</sup> WALD, Arnaldo. Alguns Aspectos Positivos e Negativos da Arbitragem. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RArbMed\\_n.49.03.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.03.PDF)>. Acesso em: 03 out. 2018.

entendida como lícita, mas que merece atenção dos estudiosos e dos envolvidos no contrato, para que haja o fiel cumprimento deste, sempre em atenção aos princípios que norteiam o procedimento arbitral.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos:** para iniciantes, praticantes e docentes. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/9de9ecc398efc20c24c40b1dba5674d4.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2018.

BERALDO, L. De F. **Curso de arbitragem** : nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm)>. Acesso em: 1 out. 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem.** São Paulo: RT, 2011.

FARIA, José Eduardo. **A crise do judiciário no Brasil.** Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/472/GAJOP\\_Independencia\\_dos\\_Juizes\\_no\\_Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=23](http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/472/GAJOP_Independencia_dos_Juizes_no_Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=23)>. Acesso em 6 out. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da duração dos processos:** premissas para uma discussão séria. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAKAGAWA, Adriana. **O financiamento de disputas arbitrais.** Disponível em: <[http://www.bicharalaw.com.br/midia/Valor\\_SMR.pdf](http://www.bicharalaw.com.br/midia/Valor_SMR.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2018.

RABAY, Arthur. **Princípios da Arbitragem.** Disponível em: <[file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/principios\\_da\\_arbitragem%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/principios_da_arbitragem%20(1).pdf)>. Acesso em: 01 out. 2018.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário:** mudanças e reformas. Estudos avançados, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

SALLES, Carlos Aberto De. **Negociação, mediação e arbitragem** : curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Método, 2012.

SÉLLOS, Viviane. **A Responsabilidade Social dos Tribunais Arbitrais como Meio de Efetivação do Acesso ao Direito Fundamental à Justiça e à Ampla Cidadania.**



Disponível em: <

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/184/159>

>. Acesso em: 01 out. 2018.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Manual de Arbitragem**: mediação e conciliação. 2018.

Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012195&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>>. Acesso em: 1 de out. de 2018.

**Tabela de custas e honorários dos árbitros**. Disponível em:

<<http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html>>. Acesso em: 06 out. 2018.

WALD, Arnaldo. **Alguns Aspectos Positivos e Negativos da Arbitragem**.

Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RArbMed\\_n.49.03.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.03.PDF)>. Acesso em: 03 out. 2018.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. In: Revista de Processo. 2011.

WEBER, Ana Carolina... [et al]; coord. MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZZI, Renato Rezende. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO PROCESSAMENTO E NA  
EXECUÇÃO DE SENTENÇA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO  
DO FECHAMENTO DO LIXÃO DA ESTRUTURAL À LUZ DO PL N. 80058/2014 COMO  
EXEMPLAR DO MODELO BRASILEIRO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS

*THE INITIAL PROCEDURAL LEGAL BUSINESSES OF PROCESSING AND IMPLEMENTATION  
OF PUBLIC POLICY IMPLEMENTATION: THE CASE OF THE CLOSURE OF THE  
STRUCTURAL BY THE ANALYSIS OF BIL N. 8.058/2014 AS AN EXAMPLE OF THE  
BRAZILIAN MODEL OF JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES*

Fabiana Rodrigues Ximenes  
Larissa Brochado de Mello<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o caso do fechamento do Lixão da Estrutural/DF, tendo como base a Ação Civil Pública n. 36947/96 que tramitou no TJDF, como exemplo relevante de execução da implementação de política pública em que ocorreu negociação processual entre as partes envolvidas, conforme previsto no Projeto de Lei n. 8.058/2004, tendo aspectos positivos e passíveis de críticas.

**Palavras-chave:** Negócio Jurídico Processual Atípico. Projeto de Lei n. 8.058/2004. Fechamento do Lixão da Estrutural.

## ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the case of the closure of the Lixão da Estrutural/DF, based on the Public Civil Action n. 36947/96 which dealt with in the TJDF, as a relevant example of implementation of the public policy in which procedural negotiation took place between the parties involved, as foreseen in Bill n. 8.058/2004, with positive and critical aspects.

**Keywords:** Atypical procedural agreement. Bill n. 8.058/2004. Closure of Lixão da Estrutural.

---

<sup>1</sup> Alunas do Curso de Pós-Graduação em Direito lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, localizado na SEP 707/907, Asa Norte, Brasília – DF, Brasil, CEP 70.790-075. E-mails: fabianaximenesadv@gmail.com e larissamello@aol.com.br.

# 1 INTRODUÇÃO

Um dos temas das mais frequentes discussões doutrinárias quando ao Direito Processual Civil Brasileiro na atualidade são os denominados negócios jurídicos processuais atípicos com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Dentre as suas conhecidas inovações, o novo CPC trouxe disposições como o artigo 190, caput, uma espécie de cláusula geral que permite que as partes de um processo, autor, réu e até o magistrado, possam pactuar sobre as situações jurídicas processuais, sem previsão específica no referido dispositivo legal e em outros que regulamentam o processo civil brasileiro estabelecendo criações, alterações e extinções no processo a fim de adequá-lo melhor a sua realidade, como, por exemplo, quanto a prazos, calendário, penalidades e provas<sup>2</sup>.

No entanto, ainda não há um regramento específico no ordenamento jurídico brasileiro sobre a negociação processual no âmbito dos processos de implementação de políticas públicas, como fonte relevante de processo onde as partes estabelecem seus parâmetros de atos e resultados de procedimentos, considerando não somente a complexidade dos temas que são objeto da lide, mas também a possibilidade dos envolvidos terem maior conhecimento do que o magistrado sobre qual a solução mais justa e adequada, bem como os prazos viáveis para que os projetos, programas e ações do Estado para seus cidadãos possam ser executados.

Nesse diapasão, o Projeto de Lei n. 8.058/2014, traz a previsão de um procedimento especial para o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em várias fases processuais, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelos magistrados brasileiros para julgar processos envolvendo o controle de políticas públicas, provenientes especialmente da tecnicidade dos

---

<sup>2</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios Jurídicos Processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**. São Paulo: RT, ano 1, v.1, abr.-jun. 2016. p.59-84.

juízes e da falta de conhecimentos específicos das políticas em questão, próprios dos membros do Poder Executivo e dos cidadãos envolvidos.

O referido Projeto, ainda que não esteja em vigor, pode ser considerado como um marco legal relevante e detalhado a ser aplicado nos casos de julgamento de processos dessa natureza, como norma de conteúdo político preponderante, tendo como base o entendimento da pré eficácia das normas.

Assim, no primeiro capítulo do presente artigo será traçado um panorama geral do processo judicial em trâmite no TJDFT visando o fechamento do Lixão da Estrutural (ACP n. 36747/96) e as políticas relacionadas, como exemplo de caso de implementação de sentença sobre políticas públicas, identificando algumas negociações e adaptações de procedimentos que ocorreram entre as partes. Já no segundo capítulo, será analisado o PL n. 8.058/2004 como possível fonte normativa dos processos de execução de políticas públicas no Brasil, apresentando suas principais inovações. Por fim, será aduzido sobre a possibilidade de aplicação do PL aos casos de implementação de políticas públicas como o da ACP apresentada, bem como também serão brevemente apresentadas as críticas da prática de atos processuais como no caso em questão à luz do PL 8.058/2004.

## **2 O CASO DO FECHAMENTO DO LIXÃO DA ESTRUTURAL COMO EXEMPLO DE PROCESSAMENTO ACERCA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E AS NEGOCIAÇÕES PROCESSUAIS NO BOJO DA ACP N. 36947/96**

O Aterro Controlado do Jóquei ou Lixão da Estrutural iniciou suas atividades em 1950, ocupando área de aproximadamente 200 hectares, acumulando mais de 40 milhões de toneladas de lixo. Sendo assim, o acúmulo de lixo sem o devido tratamento oferecia graves riscos ao meio ambiente, com a contaminação do solo, lençol freático, sistema de captação e abastecimento de

água, fauna, flora, proliferação de mosquitos causadores de doenças, dentre outros riscos, para a população de todo o Distrito Federal<sup>3</sup>.

Nesse sentido, em 1996, a Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente ajuizou a Ação Civil Pública nº 36947/96, objetivando o fechamento e a restauração ambiental da área onde está localizado o Lixão da Estrutural, buscando a condenação do Serviço de Limpeza Urbana do Distrito Federal (SLU) e do Distrito Federal (DF) à obrigação de fazer, consistente em cessar a deposição de lixo urbano que é efetuada entre a Via Estrutural e o Parque Nacional de Brasília, bem como dar destinação adequada ao mesmo, observando-se os parâmetros técnicos e de estudo específico já realizado; em retirar as pessoas que ocupam irregularmente a área, bem como realizar obras necessárias à recuperação da área degradada, conforme projeto a ser aprovado pelo órgão federal Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), especializado em questões ambientais<sup>4</sup>.

Assim, verifica-se a pluralidade de interessados e partes na demanda e por isso, o procedimento teve que se adequar à realidade e especificidades para a devida participação de todos os envolvidos em sua solução, tendo ainda outros interessados que apesar de não figurarem como parte, foram integrados como *amicus curiae*, mesmo em um processo de primeira instância, como o IBAMA, de forma a auxiliar no desempenho das atividades judiciais com seus conhecimentos técnicos especializados.

O referido processo, logo, foi marcado por várias particularidades que um processo de sua natureza demandam, tamanha a sua importância e abrangência para a sociedade do DF, tendo sido necessária a adaptação de vários procedimentos judiciais no curso da lide, bem como determinações de medidas a serem cumpridas de forma extrajudicial pelas partes e demais interessados.

---

<sup>3</sup> CIDADES INTELIGENTES. **O que foi o Lixão da Estrutural?** O maior lixão da América Latina. Disponível em: < <https://ci.eco.br/o-que-foi-o-lixao-da-estrutural-o-maior-lixao-da-america-latina/>>. Acesso em: 05 out. 2018.

<sup>4</sup> MPDFT. **MPDFT Fiscaliza Implantação do Aterro Sanitário de Brasília**. Disponível em: < <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/noticias/noticias-2017/8994-mpdft-fiscaliza-implantacao-do-aterro-sanitario-de-brasilia>>. Acesso em: 05 out. 2018.

A vontade das partes em negociar, outra particularidade que se mostrou evidente já na contestação apresentada pelo réu SLU, de que, caso seu pedido de extinção da lide não fosse aceito, que se proceda uma possibilidade de negociação, a princípio sem a cominação de multa ou honorários advocatícios, face tratar-se de um Ente Público, que busca a melhoria do meio ambiente e a humanização daqueles que laboram na reciclagem do lixo coletado<sup>5</sup>.

Outra inovação observada foi a da propositura do calendário de implementação da política pelo Governo do Distrito Federal, outro réu da ação, conforme informado pela Defensoria Pública do DF, que pediu seu ingresso nos autos como litisconsorte ativa do autor da ação MPDFT e juntou aos autos, o Despacho do referido réu de n. 192 DITEC/SLU, com sua aceitação<sup>6</sup>, o que representa uma forma de tentativa de resolução extrajudicial do conflito, como apresentado por iniciativas como o PL n. 8.058/2014<sup>7</sup>.

O réu SLU também se utilizou de uma inovação procedimental, com a anexação em sua contestação de uma dissertação de mestrado de aluno da Universidade de Brasília (UnB), como prova documental de que os resíduos emitidos pelo Aterro do Jóquei não teriam contaminado os aquíferos subterrâneos utilizados para abastecimento público como alegado pelo MPDFT, em contraposição a um memorando do IBAMA.

Ademais, após decisão de saneamento do feito pelo magistrado, na qual foi determinada a realização de prova pericial para verificação da prática das ações de início da execução da política pública envolvida, como o calendário supracitado, o perito nomeado ponderou sobre a desnecessidade dessa prova e foi estabelecido que o acompanhamento das medidas tomadas pelo Poder

<sup>5</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 0712443-77.2017.8.07.0000. Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Defensoria Pública do Distrito Federal. Relator: Desembargador Alvaro Ciarlini. Brasília, DF, 14 de abril de 2018. **Diário de Justiça do Distrito Federal**. Brasília, 2018.

<sup>6</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Consulta processual do processo n. 36947/96**. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=3694796>>. Acesso em: 30 set. 2018.

<sup>7</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Consulta processual do processo n. 36947/96**. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=3694796>>. Acesso em: 30 set. 2018.

Público seriam feitas a partir de relatórios mensais elaborados pelos próprios réus, que seriam mais habilitados e com os meios apropriados para esse controle. Essa iniciativa por parte do magistrado também pode ser considerada como uma mitigação à realização de prova pericial prevista na legislação pertinente da Ação Civil Pública, demonstrando a tentativa de colaboração das partes no processo, prevista no texto do PL n. 8.058/2014.

Após os procedimentos judiciais de praxe, foi proferida sentença, em 28/05/2004, cerca de oito anos depois do ajuizamento da ação, determinando a cessação definitiva de toda a atividade de deposição de lixo urbano no Aterro em questão pela SLU, bem como a destinação adequada a esses resíduos, nos termos da Política Nacional de Resíduos Sólidos do Governo Federal, no prazo de dois anos a partir do trânsito em julgado, pois foi considerado que o prazo apresentado pelo autor era muito exíguo para a devida implementação da política, admitindo a participação do IBAMA, com a elaboração de um estudo de impacto ambiental pelos réus. O magistrado também cominou a aplicação de penalidades pelo descumprimento e considerou que a situação era de difícil resolução, que demandaria muito mais de políticas públicas do Executivo do que a mera intervenção judicial.

O processo ainda teve desdobramentos recursais de Embargos de Declaração e Apelação Cível pelos réus, de forma a reformar a sentença supracitada, tendo sido todos não providos pelo TJDF e, em 21/05/2010, após o trânsito em julgado da sentença, o MPDFT requereu o cumprimento dessa sentença.

Na nova fase, foram determinadas em 19/07/2010, sanções pelo descumprimento de obrigação de fazer cominada na sentença, bem como a audiência de conciliação e a integração de uma nova parte, o Instituto Brasília Ambiental (IBRAM), autarquia distrital que seria responsável para a implementação da política pública objeto da condenação, bem como a designação de uma audiência de conciliação entre o GDF, o SLU e o MPDFT, com participação de especialistas na área ambiental e de Engenharia de forma a

evitar os transtornos desnecessários dos procedimentos de execução, como previsto nas tentativas de normatização como o PL 8.058/2014.

Essa audiência, realizada em 18/08/2010, restou de certa forma bem sucedida, com a suspensão do curso do processo pelo prazo de 30 dias, para o início das providências preliminares ao efetivo cumprimento da política pública, conforme negociado pelas partes, apesar dos executados não terem cumprido com as obrigações propostas e, em 10/06/2011, foi determinada nova audiência para mais uma tentativa de negociação, que culminou com nova suspensão do feito em 16/11/2011 para a apresentação de novo plano de intervenção pelos executados. Cabe destacar o fundamento utilizado pelo magistrado de que nada impediria que as partes possam estabelecer ajustes destinados a viabilizar o cumprimento da sentença, mesmo que já abrangida pela coisa julgada, tendo em vista o interesse público envolvido na questão.

O referido processo encontra-se ainda em curso na fase de cumprimento de sentença, tendo ocorrido o ajuizamento de outros processos relacionados, como a ACP de n. 2015.01.1.057244-4, com o objetivo específico de viabilizar a política social voltada aos trabalhadores do Lixão e a recente determinação em 19/09/2018 do pagamento de astreintes paralelas às já cominadas na sentença, no importe majorado de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por mês de descumprimento da obrigação de fechamento do Aterro do Jóquei, considerando a negligência e indiferença das partes<sup>8</sup>.

Assim, pode-se constatar que a questão ainda está longe de ter um fim, mesmo após mais de 15 anos da prolação da sentença e com malogradas tentativas dos réus de encerramento definitivo das atividades do Lixão, como amplamente noticiado<sup>9</sup>, mas as iniciativas de negociações e flexibilizações de

---

<sup>8</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Consulta processual do processo n. 36947/96.** Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=3694796>>. Acesso em: 30 set. 2018.

<sup>9</sup> GALVÃO, Walder. Sobram problemas para resolver após fechamento do Lixão da Estrutural. **Correio Braziliense**. Brasília, 23 jan. 2018. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/01/23/interna\\_cidadesdf,654977/sobram-problemas-para-resolver-apos-fechamento-do-lixao-da-estrutural.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/01/23/interna_cidadesdf,654977/sobram-problemas-para-resolver-apos-fechamento-do-lixao-da-estrutural.shtml)>. Acesso em: 01 out. 2018.



procedimentos judiciais ocorridas em seu bojo, bem como as considerações dos magistrados que participaram de seu julgamento, podem servir como exemplos relevantes para a aplicação em outros casos e a consequente construção de um modelo de controle jurisdicional de políticas públicas, a partir da normatização desses procedimentos por novas medidas como o Projeto de Lei n. 8.058/2014.

### **3 AS INOVAÇÕES DO PL 8.058/2004 COMO FONTE LEGAL DOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**

Diante das observações sobre os procedimentos que ocorreram na ACP n. 36947/96, verifica-se a tentativa de adaptação dos atos processuais previstos na legislação processual civil em geral, mormente no Código de Processo Civil e na Lei da Ação Civil Pública, às particularidades que o caso de uma política pública envolvendo o encerramento das atividades do Lixão da Estrutural/DF possui, mas sem a existência até o momento de um regramento específico para o julgamento de questões de vultuosa relevância social e com muitos envolvidos.

Dessa maneira, o Projeto de Lei n. 8.058/2014, amplamente discutido pela doutrina, seja por seus aspectos positivos, como para intensas críticas, apresenta-se como uma possível solução para o balizamento da análise dos processos judiciais que tramitem acerca da aplicação de políticas públicas pelo Poder Executivo, mesmo que ainda se trate de um texto legal que ainda não entrou em vigor.

O Projeto foi inicialmente proposto pelo Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP) em 04/11/2014, no Plenário da Câmara dos Deputados, visando instituir um procedimento judicial e extrajudicial especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, incluindo hipóteses de negociação processual entre as partes.

Um dos principais motivos apresentados para sua proposição são as dificuldades concretas que os membros do Judiciário enfrentam no dia a dia de suas funções ao analisar e decidir sobre questões relacionadas com o controle

de políticas públicas, cujo planejamento, criação e implementação são tarefas típicas do Poder Executivo. Essas adversidades são resultantes da falta de conhecimento técnico e político dos magistrados em relação à política pública envolvida, ainda que tenham assessoria de profissionais e instituições especializadas na questão a ser julgada e que órgãos como o STF já tenham estabelecido algumas balizas para o julgamento de processos dessa espécie de processos.

Assim, os principais dispositivos de processo brasileiro, incluindo o Código de Processo Civil e os entendimentos jurisprudenciais não se mostram suficientes para as particularidades dessas questões, sendo necessário estabelecer um regramento específico para os processos acerca das questões que versem sobre o controle e implementação de políticas públicas, a fim de sanar essas dificuldades, com participação mais ativa das partes envolvidas no processo, como o Poder Público, cuja função precípua é lidar com essas questões, representantes dos cidadãos a serem afetados pela política em questão, o Ministério Público, na qualidade de representante da sociedade, para que em conjunto com o juiz da causa, de forma colaborativa, possam moldar os procedimentos judiciais com o fito de adequá-los de acordo com os interesses da sociedade, o que é o objetivo maior do estabelecimento de políticas públicas<sup>10</sup>.

Nesse ínterim, com o objetivo de um processo diferenciado por suas dificuldades, construído com a colaboração de todas as partes e terceiros envolvidos, a fim de que o juiz, como representante do poder Judiciário possa decidir sem se substituir ao administrador, membro do Executivo, foi elaborado o PL nº 8.058, estruturado em 11 capítulos, fruto do trabalho coletivo de renomados doutrinadores especialistas na área<sup>11</sup> e amplamente debatido por

---

<sup>10</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 8058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9F2FF39041887D93B052DB8987FD8F58.proposicoesWebExterno1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9F2FF39041887D93B052DB8987FD8F58.proposicoesWebExterno1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014)>. Acesso em: 25 set. 2018. Texto Original.

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Projeto de Lei n. 8058/2014: considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini;

pesquisadores, profissionais e acadêmicos do Direito Processual Civil pelo Brasil.

Dentre os principais destaques e inovações trazidas pelo texto do Projeto, estão os princípios e as características do processo judicial de controle de políticas públicas, em seu art. 2º, parágrafo único, que propiciam a ocorrência de negócios jurídicos processuais entre os envolvidos: estruturais, a fim de proporcionar o diálogo entre Executivo e Judiciário; policêntricas, com a participação da sociedade e o poder público para a plena garantia do contraditório no caso; dialogais, prezando pelo diálogo entre todos os envolvidos, a sociedade e o magistrado; de cognição ampla e profunda, de forma que o julgador tenha todo o aparato e assessoramento específico de que necessita; flexíveis quanto ao procedimento, para que seja adaptado pelo consenso das partes ao caso concreto, ou seja, pela negociação processual, com a adoção de comandos judiciais, abertos, flexíveis e progressivos; tendentes às soluções consensuais entre as partes<sup>12</sup>.

Outras particularidades do Projeto são as tratadas em seu capítulo III, sobre uma fase preliminar do processo, mas após o recebimento da petição inicial, na qual devem ser prestadas pelo Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política, informações sobre a política pública em questão, como o orçamento necessário para sua implementação e seu cronograma de execução, trazendo uma hipótese especial de antecipação de tutela em seu art. 7º, se o pedido da inicial envolver o “mínimo existencial” constitucional, a fim de garantir a dignidade humana<sup>13</sup>. O artigo 10 ainda prevê a possibilidade do juiz designar audiências públicas com membros de

---

WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. pp.609-650.

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Projeto de Lei 8.058/2014 e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=e1da22b006386ed1b3830f5183dad15d>>. Acesso em: 27 set. 2018.

<sup>13</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 8058/2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9F2FF39041887D93B052DB8987FD8F58.proposicoesWebExterno1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9F2FF39041887D93B052DB8987FD8F58.proposicoesWebExterno1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014)>. Acesso em: 25 set. 2018. Texto Original.

instituições especializadas no tema da política e da sociedade para melhor esclarecimento das questões, bem como a intervenção de *amicus curiae*, como o IBAMA agiu na ACP n. 36947/96.

Também consta no Projeto, uma das maiores inovações no tocante a negociação entre as partes litigantes, com a possibilidade da utilização de meios alternativos de solução de conflitos, conforme previsto em seu Capítulo IV, pelo art. 11, de submissão da controvérsia ao juízo arbitral de comum acordo entre os envolvidos, bem como à conciliação e mediação, uma relevante forma de dirimir questões relacionadas a políticas públicas, visto que se pode evitar gastos excessivos de recursos públicos e estabelecer diálogo entre as partes de forma a resolver o conflito sem maiores delongas ou transtornos desnecessários, mantendo o foco na implementação da política em comento<sup>14</sup>.

Ainda sobre a resolução de problemas de forma consensual, há disposição sobre o estabelecimento do Termo de Ajustamento de Conduta pelos legitimados para a propositura de ações coletivas, com a Administração Pública ou instituições privadas envolvidas na realização da política pública discutida, bem como a transação sobre aspectos de sua execução, como seu cumprimento, sua modalidade e seus prazos, pelos entendimentos dos art. 13 e 12.

No Capítulo V do Projeto são apresentados os pormenores do processo judicial específico para os casos de implementação de políticas públicas, que incluem normas do atual Código de Processo Civil aplicáveis aos processos como regra e inovações de adequação dos procedimentos às situações particulares de discussão de projetos e programas políticos.

Dentre as disposições deste capítulo, que pode ser considerado o cerne de toda motivação e elaboração do futuro regramento da questão, cabe destacar o disposto no art. 18, segundo o qual os magistrados poderão determinar, como forma de colocar em prática a realização da política pretendida, o cumprimento de obrigações de fazer, sucessivas, abertas e flexíveis, ou seja, para propiciar a negociação entre as partes e também considerada uma novidade, por poder

---

<sup>14</sup> MARQUES, Sílvia Badim. Legislação comentada: O projeto de Lei 8058/14. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, [s.l.], v. 4, n. 3, p.154-165, 30 set. 2015.

fracionar a execução de sentença a depender do caso, com a previsão até de audiências públicas para a consulta da sociedade, ou seja, terceiros interessados, sobre o escopo da política<sup>15</sup>.

Isso se verifica também nas disposições dos art. 19 e 20, que prevê a possibilidade do magistrado nomear um representante, denominado de comissário, para a implementação ou o acompanhamento das medidas determinadas para a implementação ou correção da política podendo ser uma pessoa natural ou jurídica, que seja relacionada ou não ao poder público, como uma espécie de fiscal externo que deverá informar a situação ao juiz, bem como na hipótese de alteração de decisão ou sentença na fase de sua execução, para ajustar às especificidades de cada caso, dentre elas, quando o ente público adotar na prática medidas que sejam mais apropriadas do que as determinadas pelo juízo. Esse comissário será ainda, custeado pela instituição pública responsável pela política em questão.

No entanto, o texto do Projeto também traz, no art. 21, a aplicação de penalidades se a autoridade responsável por implementar a política não cumprir com as obrigações estipuladas na sentença ou no deferimento de tutela antecedente, como a cominação de multa periódica a ser paga pela autoridade em responsabilidade solidária com o ente público a qual representa, bem como as medidas determinadas pelo CPC, podendo, ainda, ser também ocorrer a responsabilização de forma mais grave, por ato de improbidade administrativa ou até por crime de responsabilidade ou de desobediência e pela intervenção de um ente federativo em outro.

O PL n. 8.058/2014 ainda apresenta outras particularidades que reiteram o caráter integrativo, participativo e dialogal que conferiu às relações judiciais que tratem de políticas públicas, como, em suma: as relativas à reunião de lides de políticas envolvendo um mesmo ente político em primeiro grau ou de recurso (arts. 23 e 25); a compilação de processos e de inquéritos do Ministério Público, nos casos discutidos, em cadastros nacionais para a consulta

---

<sup>15</sup> MARQUES, Silvia Badim. Legislação comentada: O projeto de Lei 8058/14. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, [s.l.], v. 4, n. 3, p.154-165, 30 set. 2015.

de interessados (arts. 26 e 27) e a hipótese de conversão de ação individual, que verse sobre tutela de direitos subjetivos com resolução que interfira em alguma política pública, em coletiva, após ter sido consultado o Ministério Público, nos casos de ter efeitos coletivos ou visar a solução de conflitos relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral de um grupo, cuja coisa julgada terá efeito *erga omnes* (arts. 28 e 30).

Portanto, observa-se que a elaboração do Projeto de Lei em comento é uma tentativa de estabelecer um regramento para o controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil, de tamanha relevância para os casos como o da Ação Civil Pública aqui apresentada, de forma a superar a ausência atual de normas específicas sobre o tema, que vem se tornando de extrema importância, com a ineficiência estatal em implementar os programas, projetos e ações em prol de seus cidadãos<sup>16</sup>. Essa normatização também possibilita que os julgadores possam ter um balizamento quando da apreciação de questões sobre o tema, a fim de limitar sua subjetividade e de encontrar a solução mais justa e adequada, por meio da participação conjunta de todas as partes e os envolvidos pela política, com base em princípios e disposições prévias que assim permitam.

No entanto, apesar dos reiterados pontos salutaros dessa forma de julgamento consensual e compartilhado previsto pelo Projeto, como dos atos que se sucederam na ACP n. 36947/96, essas iniciativas são alvo de várias críticas, seja pela maneira como o processo foi conduzido, como pela possível aplicação de um Projeto de Lei, que ainda não estaria vigente.

#### **4 A APLICAÇÃO INTERPRETATIVA DO PL N. 8.058/2014 AOS CASOS PROCESSUAIS DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS ASPECTOS POSITIVOS E CRÍTICAS A ESSE MODELO**

---

<sup>16</sup> LIMA, Victor Hugo Ferreira; RIBEIRO, Neide Aparecida. Projeto de Lei Nº 8.058/2014: Uma Proposta de Regulamentação do Controle Judicial das Políticas Públicas Sociais. **Direito em Ação**, Brasília, v. 15, n. 2, p.1-24, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/123456789/9948/1/VictorHugoFerreiraLima.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

#### 4.1 A possibilidade de aplicação do PL n. 8.058/2014 aos processos acerca de implementação de políticas públicas à luz da Pré Eficácia Normativa

Ante o exposto, não resta dúvidas que a iniciativa do PL n. 8.058 pode ser considerada um avanço para o processamento e julgamento das ações envolvendo implementação de políticas públicas, a fim de adequar os procedimentos às especificidades que tais questões tão complexas abrangem, sendo a ação que objetiva o fechamento do Lixão do Jóquei um relevante exemplo de como isso pode ocorrer.

Contudo, tanto o referido Projeto como essas espécies de ações são passíveis de muitas críticas, considerando a aplicação de um texto de lei ainda não vigente e por conta do próprio trâmite desses processos, bem como por questões de maior amplitude, como a estrutura do Judiciário e sua relação com o Poder Executivo.

O Projeto de Lei n. 8.058/2014 é um texto normativo que dispõe sobre normas de cunho processual com viés político e que ainda se encontra em fase de discussões na Câmara dos Deputados, órgão no qual tramita, inclusive com pedido de realização de audiência pública para debate de especialistas e interessados no assunto<sup>17</sup>.

Dessa feita, não pode ser considerado como uma lei processual válida e eficaz, visto que nunca esteve concluído e nem sancionado pelo ente político competente<sup>18</sup>, não podendo ser, assim, aplicado a procedimentos judiciais em curso, o que o torna centro de várias discussões e divergências sobre a sua aplicabilidade como fonte normativa processual a ser considerada na apreciação e julgamento dos processos de implementação de políticas públicas.

---

<sup>17</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Tramitação do PL n. 8058/2014**. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 29 set. 2018.

<sup>18</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de vacatio legis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p.335-345, ago. 2015. p. 336.

Assim, pode-se considerar os entendimentos doutrinários acerca do tema denominado Pré Eficácia das Normas jurídicas como uma possível solução para a questão, considerando que com base nele se discute a maneira de aplicação do Novo Código de Processo Civil aos processos em curso quando seu texto já havia sido elaborado, mas ainda não estava em vigor, ou seja, antes de 18 de março de 2016. O assunto, que já foi alvo de discussões até pela doutrina alemã, tem como seus principais expoentes no Brasil, os processualistas Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Dierle Nunes.

Para os supracitados doutrinadores, a edição de um texto normativo novo como o NCPC, por sua relevância e pelas possíveis e notórias disposições que irão apresentar ao sistema processual brasileiro, como podemos considerar o PL n. 8.058/2014 quanto aos processos que versem sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, não pode restar despercebida e insignificante<sup>19</sup>.

Nesse diapasão, surgiu o tema da Pré Eficácia das Normas, a partir do qual são analisados os efeitos e condições de aplicação de uma norma que ainda não entrou em vigor, seja por ainda estar em tramitação no processo legislativo, o que é o caso dos projetos de lei, como o PL n. 8.058/2014 ou por estar em período de *vacatio legis*, como o NCPC entre 16/03/2015 e 18/03/2016, tendo em vista a perspectiva de direitos trazida por um novo dispositivo legal, ainda que em fase de elaboração.

Segundo os defensores do tema, as normas jurídicas podem ser classificadas em três grandes grupos. O primeiro deles é o das normas jurídicas novas, as quais defende-se que somente podem ser aplicadas após a sua entrada em vigor, como alguns dispositivos do NCPC, cabendo destacar o artigo 320, II e VII, que estabelece os novos requisitos da petição inicial. Para Cabral, não seria somente esse conteúdo novo da norma o único parâmetro, mas também a sua reiteração no tempo e sua alçada ao direito positivo que gerariam

---

<sup>19</sup> NUNES, Dierle. **Interpretação processual já deveria considerar conceitos do novo CPC**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-29/dierle-nunes-interpretacao-processual-deveria-considerar-cpc>>. Acesso em: 28 set. 2018.



sua expectativa de direitos capaz de justificar sua aplicação mesmo que ainda seja um mero projeto de lei<sup>20</sup>.

Todavia, há algumas normas novas que surgiram somente para reforçar entendimentos doutrinários e práticas jurisprudenciais que já estavam ocorrendo sob a vigência do Código antigo (como os pressupostos para a distribuição dinâmica do ônus da prova entre as partes, prevista no art. 380, §1º do NCPC) bem como normas que foram de encontro à jurisprudência já consolidada (como o cabimento de ação autônoma para cobrança de honorários advocatícios se a sentença for omissa, em choque com a Súmula 453 do STJ), que exerceriam, portanto, uma função persuasiva a ser considerada nas decisões judiciais a respeito desses temas, por já estarem sendo aplicadas.

Outro grupo apresentado são o das denominadas “pseudonovidades normativas”, as quais seriam normas teoricamente novas, mas sem implicarem em inovação significativa do sistema processual brasileiro, como a previsão do art. 380 do NCPC, sobre a oportunidade da parte defender que não cabe a ela o ônus da prova, entendimento que já é adotado pelo STJ, que serviriam somente para ratificar posições totalmente consolidadas e, que, assim, poderiam ser aplicadas imediatamente após sua elaboração, na forma de um mero apoio argumentativo, mesmo sem estarem em pleno vigor<sup>21</sup>.

O último dos grupos é o das ditas normas simbólicas, compreendidas como as normas jurídicas de caráter predominantemente político, na qual o legislador, como representante do Estado, atende às reivindicações de direitos dos cidadãos, trazendo à baila a resolução de alguma política pública, como no caso da promoção de solução consensual de conflitos pelo Estado, que consta no art. 3, §2º, do NCPC, que devem ser aplicadas em prol do objetivo de garantir

---

<sup>20</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de vacatio legis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p.335-345, ago. 2015. p. 337.

<sup>21</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 236, p.325-333, out. 2014. p.326.

os interesses da sociedade<sup>22</sup>. Esses dispositivos teriam o condão de evidenciar uma opção política cujo objetivo já é um dever a ser cumprido pelo Estado, antes mesmo de sua vigência e por isso a sua concretização já pode começar logo, como forma de dar início as atividades estatais para garantir esse dever na prática<sup>23</sup>.

Logo, percebe-se que o PL n. 8.058/2014 pode ser considerado com uma espécie de norma de caráter simbólico, visto que, apesar de ser um texto normativo jurídico, é revestido de um viés político-social, com o objetivo de tornar mais colaborativos e dialogais os procedimentos dos processos judiciais de controle de políticas públicas, gerando maior efetividade às decisões desses feitos com a participação dos envolvidos na questão e com o respeito às especificidades que uma política pública, como as questões de preservação ambiental e de assistência social a trabalhadores hipossuficientes tratadas no bojo da ACP de Fechamento do Lixão da Estrutural demanda. Assim, por tamanha relevância da questão tratada por esse texto legal e pelos benefícios a favor da sociedade que ele pode causar, sua aplicação aos processos em curso deve ser considerada pelos julgadores e aplicadores do direito processual, ainda que não se trate de uma lei que já esteja em vigor e nem que ao menos seja por meio da interpretação do significado social de seu texto.

Para corroborar tal posição, pode-se também pontuar que o Projeto em comento, enquanto prevê disposições de negociações processuais que já são aplicadas na prática pelos magistrados, representantes do Estado, Ministério Público e demais interessados no âmbito do processamento e execução de políticas públicas, como vislumbra-se ter ocorrido no trâmite da ACP n. 36747/96, se afigura como uma norma nova reiterada no tempo e com relevante viabilidade de seu conteúdo continuar a ser praticado quando entrar em vigor (como nos preceitos de Didier Junior reforçados por Antonio do Passo Cabral).

---

<sup>22</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de vacatio legis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p.335-345, ago. 2015. p. 337.

<sup>23</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 236, p.325-333, out. 2014. p.326.

Portanto, a utilização do PL n. 8.058/2014 desde já como fonte interpretativa de normas processuais deve ser especialmente considerada, inclusive no desdobramento atual dos trâmites judiciais e extrajudiciais da referida ACP, a fim de ter um parâmetro a ser observado pelos julgadores de forma a assegurar todas as garantias que esse dispositivo legal prevê para os processos acerca de implementação de políticas públicas.

#### **4.2 As críticas às negociações processuais ocorridas na ACP n. 36747/96 como exemplo do modelo de controle jurisdicional de políticas públicas previsto pelo PL n. 8.058/2014**

A Ação Civil Pública n. 36947/96, como já amplamente aduzido, se configura como um relevante expoente de processos judiciais com o fito de implementação de políticas públicas na qual ocorreram várias adaptações dos procedimentos judiciais e extrajudiciais para tentar colocar o planejamento das atividades de fechamento do Lixão do Jóquei em prática de maneira mais eficiente e colaborativa entre as partes envolvidas, conforme as previsões do Projeto de Lei n. 8.058/2014, mesmo seja um texto normativo que não esteja em vigor.

No entanto, apesar do inegável progresso apresentado diante da falta de um regramento específico vigente no ordenamento jurídico brasileiro e com incipientes tentativas no decorrer do trâmite processual e depois da primeira instância, o referido feito teve também vários percalços ao seu sucesso, mormente por estar curso que até a atualidade, visto que mesmo com a sentença proferida em maio de 2014 e o comunicado de fechamento oficial em tese pelo Governo do Distrito Federal, a sucessão de atos processuais ainda vem se arrastando, tendo sido interpostos vários recursos e ocorridos vários incidentes tanto no bojo no processo como fora dele, impedindo que se chegue a uma solução final do problema.

Uma das principais críticas, tanto a esse tipo de processos quanto ao modelo de controle jurisdicional de políticas públicas apresentado pelo PL n. 8.058/2014, se configura por uma possível ofensa ao Princípio constitucional

da Separação de Poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, prevista no art. 2º da Carta Magna brasileira, que consiste na vedação de interferência recíproca no exercício das funções fundamentais do Estado<sup>24</sup>.

Dentre as principais justificativas dessa crítica ao modelo, se encontra a interferência do Poder Público, ou seja, do Poder Executivo, cuja função precípua é governar, incluindo o estabelecimento de ações em prol dos cidadãos na atividade típica do Judiciário, de julgar e solucionar conflitos, ao se propor o diálogo e a colaboração entre os envolvidos para a resolução dos processos judiciais de implementação de políticas públicas<sup>25</sup>.

Nesse diapasão, se discute sobre a clara interferência dos agentes públicos e demais envolvidos com o Executivo, como os representantes da população e entidades interessadas no papel dos magistrados, que teriam o conhecimento técnico suficiente para conduzir os procedimentos processuais e os julgamentos, bem como a sua independência na condução do processo e, por conseguinte, causaria a violação de garantias como a liberdade de ação<sup>26</sup>.

No entanto, há argumentos acerca de que o Poder Judiciário pode sim exercer o controle das políticas públicas sem que seja considerado como uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, desde que dentro de limites, que seriam suficientes para coibir os excessos do Poder Judiciário, como a razoabilidade da pretensão da medida pública individual/social deduzida contra o Poder Público, isto é, que seja possível e viável de alguma maneira a aplicação de tal política pelos agentes públicos.

<sup>24</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150. p. 149.

<sup>25</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional**: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.

<sup>26</sup> PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **PL 8058/14: Intervenção em políticas públicas pelo Judiciário. Participação do poder público e da sociedade nas decisões. Quebra da independência do magistrado.** Nonsense Jurídico. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI214440,61044-PL+805814+Intervencao+em+politicas+publicas+pelo+Judiciario>>. Acesso em: 02 out. 2018.

Também se considera como limite a observância pelo magistrado e pelos envolvidos da reserva do possível, seja em sua face financeira, de que seus custos estejam enquadrados no orçamento do órgão ou ente responsável pela implementação da política, como temporal, do tempo viável para que seja colocada em prática<sup>27</sup>.

Outra crítica que se faz é sobre a interferência do Judiciário no Executivo, denominada de ativismo judicial, que se configura na postura proativa do Poder Judiciário na interferência de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes e no fenômeno de judicialização da política<sup>28</sup>, ou seja, as questões ou decisões políticas que deveriam ser tomadas por outros poderes como o Executivo, acabam por ser decididas pelo Poder Judiciário, ao se levar problemas, como a implementação de uma política pública para apreciação do magistrado.

Essa conduta ocasionaria a inviabilização de alternativas já adotadas por muitos Estados brasileiros e até pelo próprio Conselho Nacional de Justiça e alguns tribunais para enfrentar os ajuizamentos exagerados de questões dessa natureza, como a solução extrajudicial das demandas por meio de mediação, conciliação e canais de diálogo institucionais entre o Poder Público, o Ministério Público, os membros do Poder Judiciário e demais interessados na questão, como a população a qual é dirigida<sup>29</sup>.

Ademais, a sobrecarga ainda maior do Judiciário ao lidar com as demandas acerca de implementação e controle de políticas públicas é outro ponto questionado. Ao se propor um regramento dos procedimentos judiciais dessas lides, como o previsto pelo PL n. 8.058/2014, e alguns até já colocados em prática, como as flexibilizações que ocorreram no transcurso da ACP n. 36947/96, atendendo às particularidades que esses processos possuem,

---

<sup>27</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Org.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150. p. 139.

<sup>28</sup> VALE, Ionilton Pereira do. **O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação**. 2014. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>29</sup> MARQUES, Sílvia Badim. Legislação comentada: O projeto de Lei 8058/14. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, [s.l.], v. 4, n. 3, p.154-165, 30 set. 2015. p. 164.

apresenta-se mais aspectos a serem verificados pelos magistrados na sua condução e julgamento<sup>30</sup>, o que geraria um maior dispêndio de tempo e planejamento pelos membros e servidores do Judiciário nesses trâmites e consequentemente diminuiria a celeridade das atividades judicantes, prejudicando o curso de outras ações, com a violação da garantia constitucional de razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna<sup>31</sup>.

Outro aspecto também considerado para o assoberbamento desnecessário do Judiciário como ao ter que observar as normas específicas estabelecidas pelo Projeto de Lei em comento é o incentivo que essa norma causaria para a maior judicialização das políticas públicas, visto que os interessados na resolução de tais problemas iriam recorrer bem mais às ações judiciais como forma de efetivar suas pretensões de ter a política colocada em prática da forma mais viável e efetiva possível, com a participação dialogada dos responsáveis pela sua implementação, considerando que as demandas solucionadas por processos judiciais seriam mais bem sucedidas<sup>32</sup>.

Logo, pode-se constatar que o modelo de controle jurisdicional de políticas públicas proposto pelo regramento previsto no PL n. 8.058/2014, cujas normas podem ser consideradas ao se julgar os processos de implementação de políticas públicas em curso, mesmo sem ter entrado em vigor até então, como na ACP n. 36947/96, que já apresentou incipientes experiências de adaptação às especificidades que uma política pública de cunho ambiental e social demanda, é passível dos mais diversos questionamentos, sejam eles favoráveis ou não, apesar de sua relevante iniciativa de um

---

<sup>30</sup> MARQUES, Silvia Badim. Legislação comentada: O projeto de Lei 8058/14. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, [s.l.], v. 4, n. 3, p.154-165, 30 set. 2015. p. 164.

<sup>31</sup> MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; PIEROTTI, Sara Mendes. Do Direito à Razoável Duração do Processo: necessidade de se equacionar o processo célere com as garantias de defesas mínimas. **Revista do Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina**, Londrina, v. 3, n. 1, p.1-19, jan./abr. 2010. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Celina\\_Sara\\_Direito\\_razoavel\\_dura%C3%A7ao\\_processo.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Celina_Sara_Direito_razoavel_dura%C3%A7ao_processo.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>32</sup> APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp030958.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018.

balizamento da apreciação desses procedimentos, respeitando suas inúmeras particularidades.

## 5 CONCLUSÃO

O processamento judicial das demandas envolvendo a implementação e o controle de políticas públicas é um tema amplamente discutido na atualidade pelos especialistas do Direito Processual Civil brasileiro, considerando a relevância assumida pelas negociações e flexibilizações processuais que podem ocorrer em seu trâmite, algumas não previstas no CPC, face as especificidades que possuem.

Assim, pode-se considerar que a ACP n. 36947/96, é um exemplo bem interessante de processo no qual ocorreram vários procedimentos adaptados às particularidades da implementação de políticas públicas que causam tamanha preocupação como a preservação do meio ambiente e a das condições de saúde da população e dos trabalhadores de um lixão possuem, visando a sua realização de forma mais viável para os entes políticos responsáveis e colaborativa entre as partes envolvidas, mesmo que em algumas tentativas e sem ter um regramento específico que sirva de parâmetro para seu processamento e julgamento.

Não obstante as significativas iniciativas de negociações ocorridas no bojo desse processo, verifica-se que decorreu quase quinze anos desde a prolação da sentença que condenou o GDF e o SLU a cessar totalmente a atividade de deposição de lixo urbano no Aterro do Jóquei no prazo determinado de dois anos, sem uma solução definitiva para a questão, com o desdobramento da lide até a atualidade, após diversos recursos e atividades que mais serviram para que os entes públicos envolvidos protelassem o cumprimento de tais determinações.

Ao que tudo indica, o processo tende a tramitar por muito tempo ainda, apesar de já estar em fase de cumprimento de sentença, devido às particularidades processuais que o tema demanda e cuja observância de

procedimentos implica em maior dispêndio de tempo pelos magistrados e pelos diversos envolvidos no processo, incluindo o recente Agravo de Instrumento interposto pela Defensoria Pública do Distrito Federal visando a sua inclusão no polo ativo da lide, como representante das populações relacionadas com a política de fechamento do Lixão, com inúmeras cargas dos autos e ações no âmbito extrajudicial que precisam ser tomadas, como é demonstrado a partir da análise das movimentações processuais ocorridas no decurso da referida Ação Civil Pública.

Essa é uma das principais considerações que são feitas pela doutrina processualista civil brasileira, pela morosidade e a reconhecida sobrecarga ainda maior do Judiciário que a apreciação e julgamento de tais processos causam, bem como a controversa interferência recíproca do Poder Judiciário no Executivo e do incentivo à judicialização excessiva de ações versando sobre a implementação de políticas públicas, papel que deveria ser desempenhado simplesmente pelo Executivo, dado à sua função precípua e da especialização de seus agentes para tratar dessas questões.

Destarte, o Projeto de Lei n. 8.058/2014 se mostra como um expressivo e inovador passo no sentido de se regulamentar o processamento judicial e extrajudicial dos processos de implementação de políticas públicas no Brasil, a fim de criar parâmetros mais eficientes, confiáveis e céleres de resolução desses conflitos, assegurando a colaboração e o diálogo entre os julgadores e os mais diversos interessados e obrigados como forma de se respeitar o basilar caráter político que eles possuem.

Não obstante que seja teoricamente considerado como um mero texto de lei em construção, suas disposições se afiguram como passíveis de serem aplicadas aos procedimentos de processos que impliquem no controle judicial de políticas públicas, como no julgamento da ACP analisada, ainda que de maneira interpretativa que corrobore práticas que já ocorrem, seja por seus objetivos político-sociais, como pelas novidades trazidas, que são bem prováveis de serem aplicadas, haja vista as iniciativas bem prováveis de serem



praticadas com uma futura entrada em vigor dessa normatização, sendo que algumas delas, inclusive, já são observadas pelos julgadores.

Portanto, experiências como as que estão ocorrendo na ACP n. 36947/96 e apresentadas pelo PL n. 8.058/2014 se mostram significativas para a construção de um efetivo modelo do polêmico controle jurisdicional das políticas públicas a partir de adaptações e negociações processuais atípicas, que, a despeito de seus notórios avanços, ainda é o início de um longo caminho a ser trilhado e sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro e nas práticas processuais pelos membros do Judiciário.

## REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp030958.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 8058/2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9F2FF39041887D93B052DB8987FD8F58.proposicoesWebExterno1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9F2FF39041887D93B052DB8987FD8F58.proposicoesWebExterno1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014)>. Acesso em: 25 set. 2018. Texto Original.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Tramitação do PL n. 8058/2014**. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 29 set. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de vacatio legis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p.335-345, ago. 2015.

CIDADES INTELIGENTES. **O que foi o Lixão da Estrutural? O maior lixão da América Latina**. Disponível em: <<https://ci.eco.br/o-que-foi-o-lixao-da-estrutural-o-maior-lixao-da-america-latina/>>. Acesso em: 05 out. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 236, p.325-333, out. 2014. p.326.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**. São Paulo: RT, ano 1, v.1, abr.-jun. 2016.

GALVÃO, Walder. Sobram problemas para resolver após fechamento do Lixão da Estrutural. **Correio Braziliense**. Brasília, 23 jan. 2018. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/01/23/interna\\_cidadesdf,654977/sobram-problemas-para-resolver-apos-fechamento-do-lixao-da-estrutural.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/01/23/interna_cidadesdf,654977/sobram-problemas-para-resolver-apos-fechamento-do-lixao-da-estrutural.shtml)>. Acesso em: 01 out. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150. p. 149.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Projeto de Lei n. 8058/2014: considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 609-650.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Projeto de Lei 8.058/2014 e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=e1da22b006386ed1b3830f5183dad15d>>. Acesso em: 27 set. 2018.

LIMA, Victor Hugo Ferreira; RIBEIRO, Neide Aparecida. Projeto de Lei Nº 8.058/2014: Uma Proposta de Regulamentação do Controle Judicial das Políticas Públicas Sociais. **Direito em Ação**, Brasília, v. 15, n. 2, p.1-24, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/123456789/9948/1/VictorHugoFerreiraLima.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

MARQUES, Silvia Badim. Legislação comentada: O projeto de Lei 8058/14. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, [s.l.], v. 4, n. 3, p.154-165, 30 set. 2015.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; PIEROTTI, Sara Mendes. Do Direito à Razoável Duração do Processo: necessidade de se equacionar o processo célere com as garantias de defesas mínimas. **Revista do Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina**, Londrina, v. 3, n. 1, p.1-19, jan./abr. 2010. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Celina\\_Sara\\_Direito\\_razoavel\\_dura%C3%A7ao\\_processo.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Celina_Sara_Direito_razoavel_dura%C3%A7ao_processo.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2018.

MPDFT. **MPDFT Fiscaliza Implantação do Aterro Sanitário de Brasília**. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao>>

menu/noticias/noticias-2017/8994-mpdft-fiscaliza-implantacao-do-aterro-sanitario-de-brasil>. Acesso em: 05 out. 2018.

NARDINO, Carolina de Castro. **O negócio jurídico processual no novo CPC. 2016.** 14 f. TCC (Graduação) - Curso de Pós Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao\\_latosensu/direito\\_processual\\_civil/edicoes/n5\\_2016/pdf/CarolinadeCastroNardino.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n5_2016/pdf/CarolinadeCastroNardino.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2018.

NUNES, Dierle. **Interpretação processual já deveria considerar conceitos do novo CPC. 2015.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-29/dierle-nunes-interpretacao-processual-deveria-considerar-cpc>>. Acesso em: 28 set. 2018.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **PL 8058/14: Intervenção em políticas públicas pelo Judiciário. Participação do poder público e da sociedade nas decisões. Quebra da independência do magistrado. Nonsense Jurídico. 2015.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI214440,61044-PL+805814+Intervencao+em+politicas+publicas+pelo+Judiciario>>. Acesso em: 02 out. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Consulta processual do processo n. 36947/96.** Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&DNUPROC=3694796>>. Acesso em: 30 set. 2018.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação. 2014.** Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>>. Acesso em: 03 out. 2018.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.

# EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: APLICAÇÕES NO NOVO CPC E SUAS ATIPICIDADES

## *DECLARATION DEBATES: APPLICATIONS IN THE NEW CPC AND ITS ATIPICITIES*

Simone Fernandes Ferreira Dias<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo busca compreender o conceito e a natureza jurídica dos embargos de declaração no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que diz respeito às suas áreas de cabimento e suas atipicidades. Para isso, foi necessário conceituar e demonstrar a natureza jurídica dos Embargos de Declaração, bem como explorar seus efeitos, inclusive quando infringentes. Além disso, foram analisados os aspectos dos embargos de declaração tratados no Novo Código de Processo Civil, bem como em julgados que abordaram os conflitos na aceitação e cabimento desse recurso. Por fim, apresentou-se uma síntese do assunto com uma proposta de pacificação para este tema tão importante e polêmico no estudo e aplicação do Direito Processual brasileiro.

**Palavras-Chave:** Embargos de declaração. Natureza jurídica. Cabimento.

### ABSTRACT

This article seeks to understand the concept and legal nature of the declaration embargoes in the Brazilian legal system, especially with regard to their areas of responsibility and their atipicities. For this purpose, it was necessary to conceptualize and demonstrate the legal nature of Declaration Embargoes, as well as to explore its effects, even when infringing. In addition, the aspects of the declaration seizures dealt with in the New Code of Civil Procedure were analyzed, as well as in judgments that dealt with the conflicts in the acceptance and appropriation of this resource. Finally, a synthesis of the subject was presented with a pacification proposal for this very important and controversial subject in the study and application of Brazilian Procedural Law.

**Keywords:** Statement of claim. Legal nature. Fitting.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. E-mail: simonefernandesdias.adv@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar alguns dos principais aspectos processuais que envolvem os embargos de declaração, notadamente no Novo Código de Processo Civil (NCPC). Ao final, são tratadas as mais importantes situações de atipicidade no cabimento dos Embargos de Declaração.

Os embargos de declaração constituem-se num recurso de grande importância para a boa prestação da jurisdição, para a efetividade da decisão judicial e do devido processo legal, de uma forma geral. A par disso, os embargos de declaração são relevantes, também, para a garantia dos princípios constitucionais do livre acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF88), do devido processo legal (artigo 5º, LIV) e da motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX), isso porque é um instrumento de aperfeiçoamento de atos judiciais e, consequentemente da correta aplicação do direito em benefício da pacificação social.

Não obstante todos estes predicados, os embargos de declaração não costumam receber a devida atenção que merecem, já que em muitas situações são rejeitados pelos juízes, e mal utilizados pelas partes, retira a força desse mecanismo recursal disponível para a adequada prestação da tutela jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou no sentido de que os embargos declaratórios revelam “verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal” (AI nº 163.047-5/PR, rel.: min. Marco Aurélio, DJU 8/3/1996).

Dessa maneira, as decisões incompletas, obscuras e contraditórias, para devida prestação da jurisdição, em homenagem ao livre acesso à justiça, ao devido processo legal e à motivação dos atos decisórios, devem ser completadas, aclaradas, sanadas e/ ou corrigidas por meio dos embargos, a fim de que a tutela jurisdicional seja adequadamente prestada.

Além disso, o oferecimento descabido e desenfreado dos embargos de declaração tem tumultuado os processos, postergando a prestação da tutela jurisdicional àquele que a requisita e obstaculizando a efetivação do direito.

Portanto, longe de esgotar a problemática acerca dos embargos de declaração, abordaremos, neste trabalho, alguns aspectos que nos pareceram relevantes e polêmicos do referido recurso, tendo em vista a promulgação do novo CPC, que introduziu substanciais mudanças na aplicação deste recurso.

## **2 DESENVOLVIMENTO.**

### **2.1 Histórico dos Embargos de Declaração**

Os embargos de declaração surgiram, originalmente, nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Posteriormente, foram mencionados no Decreto nº 3.084/1858, bem como nos códigos estaduais a partir de 1891, tendo sequência com o CPC de 1939 e com alterações introduzidas pela Lei nº 5.869/1975, do atual código.

Conforme leciona Vicente de Miranda (1990, p. 17), os embargos de declaração eram conhecidos e praticados como meio de impugnação e, dessa forma, são utilizados no nosso sistema jurídico, porém como recurso.

Surgiram nas Ordenações, objetos de compilações das leis da época e da estrutura do Direito, firmando-se na legislação portuguesa. Conforme anotações de Antônio Carlos da Silva (2006, p. 39), nas Ordenações Afonsinas, no livro III, título 69, § 84, os embargos de declaração eram definidos como pedido de aclaração.

Como se percebe, as Ordenações Afonsinas vedavam que o juiz, depois de prola- tar sentença definitiva, a substituísse por outra, oportunizando, portanto, a esclarecer o texto, por meio de embargos, caso houvesse palavras escuras e intrincadas. Nas Ordena- ções Manuelinas, o sentido dos Embargos de Declaração, previstos no livro III, título 50, § 5º permaneceu o mesmo, ou seja, mero pedido aclaratório (GUIMARÃES, 2005, p. 32). Note-se que a diferença na disciplina dos embargos de declaração entre as Ordenações supramencionadas

está centrada na definição de sentença, já que, na segunda, as decisões atacáveis por embargos poderiam ser interlocutórias ou definitivas, enquanto na primeira as decisões alvo de embargos só eram consideradas aquelas definitivas.

Conforme anotações de Renato Lobo Guimarães (2005, p. 32), nas Ordenações Filipinas já aparecia o vocábulo no plural, “embargos” (enquanto nas anteriores não), disciplinando no título 66, § 6º: “E depois que o julgador der uma vez sentença definitiva em algum efeito, e a publicar ou der ao escrivão, ou tabelião, para lhe pôr o termo da publicação, não tem mais poder de a revogar, dando outra contrária, a segunda será nenhuma, salvo se a primeira fosse revogada por via de embargos, tais que por Direito por o neles alegado ou provado, a devesse revogar”.

Percebe-se que nas Ordenações Filipinas nada de novo foi apresentado para os embargos de declaração, mas uma cópia fiel do que já estava exposto nas Ordenações Manuelinas, trazendo no seu conteúdo apenas uma diferença: a substituição do termo “embargo” pelo termo “embargos”.

Assim, a evolução história dos embargos de declaração pode ser definida das Ordenações Portuguesas, ingressando em nossa legislação através do Regulamento nº 737, de 1850 (artigos 641 a 643) e da Consolidação de Ribas (1876, artigos 1.500 e seguintes). No Direito português, os embargos de declaração, como meio de correção de sentença, são cabíveis para retificação de erros de escrita e de cálculos (artigo 667, CPC português), para suprir omissão sobre questões da causa, contradições entre os fundamentos e a decisão e obscuridade ou ambiguidade existente na sentença (artigos 668 e 669). Como mero incidente processual, contém o contraditório, estipula condenação ao pagamento de custas e oportuniza aclarar-se a obscuridade e a ambiguidade no relatório da sentença, caso traga consequências à parte.

Moniz de Aragão (1992, p. 140) cita que os embargos de declaração ostentam raízes na antiguidade romana, fazendo referências às lições de

Ulpiano. No Brasil, foram incluídos nas Ordenações do Reino, com inspiração no artigo 666 do CPC português.

Os embargos foram mantidos pela Consolidação de José Higino Duarte Pereira (2006, p. 53), a qual foi aprovada pelo Decreto nº 3.084/1898 (artigo 683). Posteriormente, foram repassados para os códigos de processo estaduais, como o da Bahia (artigo 1.341), de Minas Gerais (artigos 1.445 e 1.446), de Pernambuco (artigo 1.347), do Distrito Federal (artigo 1.179), de São Paulo (artigo 375) e do Rio de Janeiro (artigo 2.333).

No Código de Processo Civil de 1939, os embargos de declaração foram tratados, pela primeira vez no sistema jurídico nacional, como recursos. Já no código de 1973, também como recursos foram disciplinados nos artigos 535 e seguintes.

## **2.2 Embargos de Declaração e o Código de 2015: Identidade entre a Jurisprudência e a Lei**

Convém, agora, expor, em resumo, o entendimento firmado acerca do âmbito de cabimento dos embargos de declaração ante o sistema do novo Código de Processo Civil, em vigor a partir de 17 de março de 2016.

Lê-se no comentário a acórdão, por nós redigido, intitulado “Embargos de declaração. Problema da fixação dos honorários advocatícios. Existência de erro de fato. Importância da jurisprudência no Código de Processo Civil de 2015”, a sair na Revista de Processo, v. 252, fevereiro de 2016:

O que se quis dizer, enfim, é que, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, o órgão julgador tem de levar em conta não apenas o texto do art. 1.022, mas também a jurisprudência, no que tange ao cabimento dos embargos de declaração. Estes embargos, no sistema do Código novo, serão cabíveis tanto nas hipóteses previstas na lei (art. 1.022) quanto nos casos a que se refere a jurisprudência (argumento extraído dos arts. 489, § 1º, nº VI, 926 e 927).

Sob o regime do Código de 2015, portanto, os embargos declaratórios são cabíveis não só nas hipóteses previstas no art. 1.022 (obscuridade,



contradição, omissão e erro material), mas também nos casos admitidos na prática judiciária (exemplos: erro de fato; superveniente acontecimento relativo à jurisprudência; evidente equívoco na decisão).

No ano de 1976, notável processualista assim se pronunciou sobre o papel da jurisprudência: “[...] no Brasil, a jurisprudência, a despeito de sua importância prática, não tem força vinculativa equiparável à da lei” [4].

Correta a observação transcrita à luz do direito positivo da época (ano de 1976). Porém, à vista do Código de 2015, é exato afirmar que, a partir da sua entrada em vigor, a jurisprudência tem força vinculativa equiparável à da lei, ou seja, daí em diante, há identidade entre a força vinculativa da jurisprudência e a da lei.

Nesse contexto, já agora não é preciso que o legislador inclua no Código outras hipóteses dos embargos de declaração, admitidas há bastante tempo na prática judiciária, uma vez que, conforme exposto, sob o regime do Código de 2015, a jurisprudência tem força vinculativa equiparável à da lei quanto, inclusive, aos casos de cabimento destes embargos.

A este propósito, eis aqui outros trechos do comentário a acórdão, já aludido: “Jurisprudência significa os entendimentos jurídicos adotados pelos órgãos competentes, no âmbito do Judiciário, sobre determinados temas”. E ainda: “Os entendimentos jurídicos adotados pelos Tribunais, convém frisar, dizem respeito não só ao direito material, mas também ao direito processual”.

Por isso, é inegável a importância da identificação dos “padrões de cabimento dos embargos de declaração” (v., por exemplo, nosso comentário a acórdão, já mencionado, e também um outro trabalho, antes referido, sob o título “Segundos embargos de declaração em virtude da mudança de orientação do STF. Padrão de cabimento do recurso”).

Ainda no tocante à admissibilidade dos embargos de declaração, as expressões “jurisprudência”, “enunciado de súmula” e “precedente” (a que se refere o Código novo) se identificam, e essas possibilidades são vinculativas. A

primeira das expressões citadas, no fundo, abrange as duas últimas, razão pela qual, quanto a isso, geralmente mencionamos apenas a classe: jurisprudência

### **2.3 Natureza Jurídica dos Embargos de Declaração**

Os embargos de declaração são a via pela qual a parte se utiliza para requerer ao órgão prolator o esclarecimento a respeito de pontos obscuros e/ou omissos de determinada decisão, de maneira que se completem, ajustem, reparem ou eliminem contradições e omissões nela existentes.

Apesar de não ser pacífico, é preponderante na jurisprudência e na doutrina brasileira que os embargos de declaração têm natureza recursal (BAPTISTA, 1993, p. 62- 67; MIRANDA, 1990, p. 9; FENANDES, 2003, p. 9-36; SOUZA, 2001, p. 297).

Conforme rol taxativo do artigo 496 do CPC em vigor, os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso, sejam ou não interpostos contra sentença, acórdão ou decisão interlocutória, vez que estão sujeitos aos requisitos de admissibilidade da regra geral dos recursos. Assim, a interposição dos embargos declaratórios, como qualquer outro recurso, depende apenas da vontade da parte, e tem por escopo impugnar uma decisão judicial, objetivando o seu esclarecimento ou a sua integração e, em situações excepcionais, até mesmo a reforma do julgado, quando se tratar de efeitos infringentes ou modificativos.

Ovídio Baptista da Silva (2000, p. 446-447) sustenta que, pela possibilidade do efeito infringente para correção do julgado, os embargos de declaração ostentam natureza recursal.

No mesmo sentido é a posição de Humberto Theodoro Jr. (2013, p. 675), uma vez que afirma constituírem os embargos de declaração em recurso, pois estes se destinam a pedir ao juiz ou tribunal o esclarecimento de dúvida, o afastamento de obscuridade, o aclaramento de omissão e a eliminação de contradição existentes no julgado.

Pontes de Miranda (1975, p. 393-394) também aborda que os embargos de declaração são recursos iguais aos outros que se apresentam contra qualquer decisão, apenas modificando a competência para o julgamento, ou seja, que é a do mesmo órgão que proferiu a decisão.

Portanto, os doutrinadores aqui mencionados, mesmo observando que os embargos têm peculiaridade própria, consideram-nos como recurso, já que, em sentido técnico, visam à retratação do órgão prolator da decisão.

José Frederico Marques (1978, p. 121) diz ser indiscutível o caráter de recurso dos embargos declaratórios, ainda que de forma *sui generis*, já que se constituem em um instrumento técnico para obter a retratação e reexame da matéria pelo mesmo órgão que prolatou a decisão.

Dessa feita, por terem sido incluídos no rol do artigo 496 do CPC em vigor, oponíveis contra sentenças e acórdãos (artigo 535), os embargos de declaração, mesmo com características próprias, são considerados recursos.

Todavia, contrariando os doutrinadores supramencionados, Francisco Antônio de Oliveira (1990, p. 508) aborda que os embargos de declaração não têm natureza recursal, pois se constituem em simples e mero incidente com finalidade própria e restrita para aclarar obscuridade e/ou sanar contradição e omissão do julgado. O referido autor registra, ainda, que os embargos de declaração, para se constituírem em recursos, teriam de preencher os pressupostos subjetivos comuns a todos os recursos, qual seja: a existência de sucumbência.

Sergio Bermudes (1975, p. 214) também se alinha entre aqueles que mantêm o conceito da decisão dos embargos declaratórios, mas, tão somente, a sua fórmula, classificando-os como mero incidente no processo.

Mozart Victor Russomano (1999, p. 291) aponta que os embargos de declaração não têm natureza de recurso, pois, tecnicamente, não têm o poder de reforma ou anulação da sentença.

Na linha desses pensamentos, os embargos de declaração não se constituem em recurso, haja vista que, em sentido técnico, não têm natureza de remédio, sendo meio idôneo apenas para aclarar e completar decisão, omissa, obscura e contraditória.

Veja-se que os doutrinadores que negam aos embargos de declaração a natureza jurídica de recurso baseiam suas posições preponderantemente na ausência de preparo, na inexistência de exame pela instância superior, na inexistência de contraditório, na impossibilidade de modificação do julgado e, por fim, na falta de autonomia da decisão. Por fim, entende-se que a natureza jurídica dos embargos de declaração é de recurso, com os efeitos declarativo, integrativo e, ainda, modificativo, na hipótese de ser dotado de caráter infringente, conforme veremos a seguir.

## **2.4 Discussão sobre o caráter infringente dos embargos de declaração**

A regra geral aplicada de forma imperativa leva à limitação do instituto, não condizendo com os rumos que vem sendo delineados no sistema processual recente, principalmente pela influência dos expoentes em doutrina. Mas também há limites devido à conscientização dos juízes, os quais estão a fincar a jurisprudência dominante, ganhando corpo a busca da plena efetividade do processo, através da sua instrumentalidade,<sup>3</sup> a fim de que seja a lide posta em juízo, da melhor maneira possível, julgada no menor espaço de tempo.

Os embargos de declaração sempre tiveram papel fundamental na iteração das decisões, buscando-se por meio da sua interposição o esclarecimento dos possíveis e eventuais contradições, obscuridades e omissões, existentes nos despachos interlocutórios, sentenças e acórdãos, ajustando a decisão proferida.

Atualmente, esse tema ganha relevante importância na busca da plena efetividade e satisfação do processo, como meio de pacificação social entre as pessoas, quando confronta a hipótese de interposição dos embargos de

declaração em face da impossibilidade do juiz de alterar a sentença após a sua publicação, a não ser nos casos especificados em lei.

Os embargos declaratórios (artigos 496 e 535 do CPC) constituem uma dessas possibilidades, vez que, diante da contradição, da obscuridade ou da omissão, as quais supridas por esse recurso, pode-se alterar o mérito do julgado, bem como as posições de vencedor e vencido na demanda.<sup>4</sup>

Todavia, essa tendência de ampliar os efeitos das decisões, por intermédio dos embargos declaratórios, não pode ser conduzida a uma iniciativa ilimitada, sob pena de desvirtuamento do ordenamento jurídico, transformando-o para procedimento recursal indireto e meio de retratação do mesmo juízo proferidor da sentença embargada.

Manoel Antônio Teixeira Filho (1991, p. 337), ao observar que no caso de nulidade não apreciada pelo juízo, em que, após o recurso, se convence de que efetivamente houve situação que torne nula a decisão atacada, assevera que: “Se, no futuro, fosse dado ao próprio juiz modificar a sentença que proferiu, isso contribuiria para obviar o procedimento, pois seria dispensável a remessa dos autos ao tribunal, para apreciar a alegação de nulidade”.

Portanto, parece clara a possibilidade dos efeitos infringentes aos embargos de declaração, como instrumento de aperfeiçoamento da prestação de tutela jurisdicional, a ponto de contribuir com uma decisão clara, completa, explícita e segura, como decorrência lógica dos efeitos modificativos agregados nos embargos de declaração. Nesse sentido também têm sido as decisões do STF, principalmente nos casos de omissão do julgado.<sup>5</sup> Assim, está delineada a necessidade de facultar aos embargos de declaração um maior alcance, extrapolando, em muitas vezes, os limites impostos pelo artigo 535 do CPC em vigor.

Na mesma linha de raciocínio, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula nº 278, unificou o pensamento atinente ao efeito infringente nos embargos de declaração, ao dispor que: “A natureza da omissão suprimida pelo

julgamento dos embargos declaratórios pode ocasionar efeito modificativo no julgado”.

Dessa maneira, a ampliação dos efeitos dos embargos de declaração está con- substanciada na jurisprudência que vem entendendo que estes podem vir a ter efeitos modificativos, quando, ao objetivo de suprimento de omissão, outros aspectos da lide posta em juízo tenham necessariamente de ser apreciados como consequência necessá- ria e inevitável, por intermédio desse recurso.

Não se operando o efeito modificativo, principalmente em casos de omissão, a situação processual se afigurará piorada em relação à anterior, já que poderá ocorrer colisão entre o direito e a prova, entre as premissas e a conclusão, acarretando falta de coerência e silogismo na decisão.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que os embargos declaratórios, quando forem utilizados para sanar omissão, via de regra, conterão efeito modificativo: “Conquanto não se trate de matéria de todo pacificada, existe firme corrente jurisprudencial que admite a extrapolação do âmbito normal de eficácia dos embargos decla- ratórios, quando utilizados para sanar omissões, contradições ou equívocos manifestos, ainda que tal implique modificação do que restou decidido no julgamento embargado” (RMS nº 100/SP, 2ª Turma, rel.: Ilmar Galvão, DJU 22/5/1990).

É inconcebível, diante da evolução do processo, não aceitar que os embargos de declaração contenham efeito modificativo, já que, em respeito às partes, devem ser corrigidos, pelo órgão jurisdicional, erros e/ou injustiças por ele mesmo praticados, já que a apreciação de matéria omitida enseja a possibilidade de conduzir a solução do conflito de interesses em sentido diverso daquele fixado no julgamento anterior, em que foi relegada a ordem jurídica justa.

O efeito modificativo, por intermédio dos embargos, pode se dar quando o supri- mento que se fizer necessário na decisão tenha influência para alterar- lhe o resultado, sendo certo que, nessa hipótese, os embargos declaratórios

podem ter, excepcional- mente, caráter infringente para sanar omissão ou erro de fato ou material, influentes no resultado da lide.

Dessa forma, forte influência doutrinária tem orientado os tribunais a atribuir aos embargos declaratórios o efeito infringente, em razão de que se torna invencível a alteração em face da nova fórmula da sentença, mormente pela essencialidade de determinadas matérias, quando contraditórias ou omissas, que são arguidas nos em- bargos declaratórios.

Parece óbvia a conclusão de que, cabíveis os embargos declaratórios pela existência de obscuridade, contradição ou omissão, sanando-se os defeitos, a adequação desse saneamento pode levar a nova conclusão do julgamento embargado. Contrariamente, deve ser manejado o recurso típico para revisão da decisão.

Ainda quanto ao efeito modificativo dos embargos de declaração, vale registro que o procedimento a lhe ser emprestado, quando se avenge esta possibilidade, deve ser o princípio constitucional do contraditório.

Portanto, ao apreciar os embargos de cujo julgamento possa decorrer a modificação do julgado, deve o magistrado, antes da decisão que os julgar, conceder vista da peça interposta à parte contrária, para que sobre ela se manifeste.

A par disso, a jurisprudência do STF já se consubstanciou no sentido de que o em- bargado seja intimado para impugnar o recurso, quando o juiz ou o colegiado vislumbrar que os embargos de declaração ostentam caráter infringente.

Vale registrar que o Direito do Trabalho já sumulou a matéria, abordando, por intermédio da Súmula nº 278 do Tribunal Superior do Trabalho, que a natureza da omissão suprida pelo julgamento de embargos declaratórios pode ocasionar o efeito modificativo no julgado. Nesse passo, Sergio Pinto Martins (2001, p. 78) cita que o efeito modificativo dos embargos de declaração é admitido nos casos de omissão e contradição, além de manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

Nelson Nery Jr. (2006, p. 786) anota que os embargos de declaração podem, excepcionalmente, ostentar efeito infringente quando utilizados para correção de erro material, suprimimento de omissão e eliminação de contradição. O referido autor anota, ainda, que a infringência do julgado pode ser, tão somente, uma consequência do provimento dos embargos, sem que tenha feito parte do seu pedido principal, para que não seja confundido como pedido de reconsideração. Assim, os efeitos modificativos poderão ocorrer quando for consequência necessária ao provimento dos embargos de declaração. No CPC em vigor, a manifestação dos efeitos infringentes dos embargos de declaração é tratada nas disposições do artigo 463, o qual estabelece a imutabilidade da decisão, com encerramento da prestação jurisdicional, que se dá com a publicação do julgado. Veja-se que o inciso I do artigo 463 tira a aparente imperatividade do texto legal, uma vez que abre a possibilidade, após a publicação, de correção de inexatidões materiais ou de erros de cálculos cometidas no julgado. E o inciso II do mesmo artigo estabelece a propositura dos embargos declaratórios para o mesmo fim das disposições do inciso I, deixando patente o caráter infringente dos embargos declaratórios. Contudo, o caráter infringente não se constitui como tipicidade dos embargos de declaração: tal característica é originária dos recursos de revisão, como, por exemplo, a apelação.

O efeito modificativo nos embargos de declaração é providência reflexa da decisão a ser proferida, seja pela supressão da omissão, da obscuridade, da contradição ou da correção de erro manifesto cometido na decisão embargada. No entanto, a regra geral é no sentido de que não se admite, nos embargos declaratórios, o efeito modificativo do julgado, já que esses embargos objetivam apenas esclarecer ou aclarar a decisão embargada.

Essa tendência doutrinária está amparada nas lições tiradas do Direito português no sentido de que, conforme abordado anteriormente, os embargos de declaração se restringem ao pedido de esclarecimento ou de explicação de alguma obscuridade ou ambiguidade da sentença.



Tratando da questão, Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p. 666-667) também aborda que não são admissíveis os embargos de declaração que buscam rediscussão de questão já decidida pelo julgado.

Wilson de Souza Campos Batalha (1995, p. 581), apesar de a questão ter sido sumulada em sentido contrário pelo Tribunal Superior do Trabalho, segue a mesma linha de raciocínio dos autores supramencionados, filiando-se à ideia de impossibilidade de alteração da decisão pela via dos embargos declaratórios.

Pela conscientização da maioria da doutrina e pela construção da jurisprudência, os embargos declaratórios, com efeitos infringentes, estão ganhando espaço para a busca da plena efetividade do processo, a fim de que o litigante obtenha de maneira mais rápida a prestação da tutela jurisdicional. E a tendência atual de ampliar os efeitos das decisões por intermédio dos embargos de declaração visa à mudança do procedimento recursal, trazendo de maneira indireta, com apresentação dos embargos, a retratação do mesmo juízo prolator da decisão, conforme dispõe o próprio artigo 463, I e II, do CPC. Vicente Greco Filho (2003, p. 325) mantém vivo o entendimento de que os embargos de declaração podem produzir efeito modificativo se a resolução da contradição levar à alteração do julgado.

Desta maneira, os embargos de declaração também emitirão efeito modificativo na hipótese de omissão da decisão embargada, cujo suprimento impor, necessariamente, a alteração do dispositivo do julgado. É a própria norma processual que excepciona a alteração do julgado pelo oferecimento dos embargos de declaração através das disposições do inciso II do artigo 463 do Código de Processo Civil. Todavia, essa exceção só será admitida, apreciada e aberta quando, no juízo de admissibilidade dos embargos de declaração, for constatado o seu cabimento.

É de se ressaltar, também, o imperativo da força modificativa dos embargos de declaração para realização da melhor justiça, permitindo aos magistrados reverem e reformarem suas decisões, ante a ocorrência de erros. Para tanto, Renato Lobo Guimarães (2005, p. 47), transcreve trechos do

notável voto do ministro Washington Bolívar, proferido em uma das sessões do extinto Tribunal Federal de Recursos:

É certo que o regime de esforço sobre-humano a que estão submetidos os Juízes deste tribunal com um volume sempre crescente e insuperável de processos, nem sempre permite uma apreciação mais mediata, se os precedentes informativos de cada recurso, especialmente no tocante à sua admissibilidade, já desautorizam, em princípio, o conhecimento deles. Tanto mais quanto, como no caso, já se encontram os postulantes em Juízo de primeiro grau. Verifico, com pesar, que não decidi com acerto, nas oportunidades anteriores e, o que ainda é mais lamentável, levando esse tribunal a acompanhar-me no erro. Penso que não deve um juiz ter pejo de confessar que errou, em qualquer circunstância, e, muito especialmente, quando ainda há tempo de corrigir-se e corrigir. Pois aquele que reconhece o seu erro demonstra que é mais sábio hoje quando corrige, do que ontem, quando o praticou. Por essas considerações, louvando o denodo das ilustres advogadas subscritoras das bem tecidas razões de fls. 58/61, em suas luta pelo Direito, no dizer de Ihering, recebo os embargos declaratórios, por omissão dos julgados anteriores. E ao fazê-lo, estabelecido que o ponto omissio implica na necessidade de julgar-se o mérito do mandado de segurança impetrado, vencendo-se a preliminar do seu conhecimento ante a manifesta ilegalidade do ato judicial atacado, defiro a segurança, para desconstituí-lo, a fim de que os impetrantes possam continuar no imóvel, até solução final do litígio possessório. (BOLÍVAR apud GUIMARÃES, 2005, p. 47)

Portanto, é na potencialidade própria dos embargos de declaração que se verifica a força de modificar a decisão impugnada, na medida em que a imprecisão do julgamento possa comprometer a decisão e, por consequência, a prestação jurisdicional, em virtude de obscuridade, omissão e contradição existente no julgado.

Sonia Marcia Hase de Almeida Batista (1993, p. 142) aborda que só é lícito ao juiz declarar ou aclarar a sentença já proferida, não podendo modificar o seu conteúdo, já que a decisão de embargos é apenas integrativa da decisão impugnada.

Na ótica de Renato Lobo Guimarães (2005, p. 31), os embargos de declaração só teriam aplicação na hipótese de obscuridade, quando cumpre ao juízo apenas esclarecer os conceitos ou fundamentos ambíguos ou obscuros,

tornando clara e eficaz a decisão, de fácil compreensão. Contudo, em se tratando de contradição e de omissão, necessariamente se reabrirá o julgamento. A partir daí, as questões serão reexaminadas, a fim de que a sentença se harmonize com os elementos do processo, oportunidade em que a parte eventualmente lesada com esse novo julgamento deverá ser intimada para impugnação aos embargos.

Note-se que, tanto na omissão como na contradição, haverá alterações na decisão, que poderão se refletir na disposição do julgado, beneficiando ou prejudicando, total ou parcialmente, uma das partes, razão pela qual nos curvamos, mais uma vez, à posição de que os embargos de declaração são verdadeiro recursos.

Nesse contexto, entende-se que é preciso dispor que o suprimento da omissão afeta os fundamentos e/ou dispositivo da decisão.

Veja-se que o juiz, omitindo-se à apreciação de prescrição, arguida pelo réu, ao receber os embargos declaratórios por essa razão, deverá, automaticamente, intimar a parte contrária para impugnação, fazendo prevalecer o contraditório: ao julgar procedentes os embargos, obrigatoriamente expurga do julgado tudo quanto foi examinado no mérito da causa, eis que o reconhecimento da prescrição, uma vez acolhida, impedirá o reexame e a consideração das demais questões de mérito.

Logo, os embargos de declaração, em alguns casos, conterão compulsoriamente o efeito de modificar o julgado. Reitera-se que, quando os embargos de declaração assumirem caráter modificativo ou infringente, a parte contrária deverá ser intimada para impugnação, a fim de que não seja surpreendida, aplicando-se o princípio do contraditório. O STF, em mais de uma oportunidade, tratando dos efeitos modificativos dos embargos de declaração, afirmou que os embargos declaratórios podem ter efeito modificativo, em certos casos, entre os quais o de a decisão embargada conter omissão, cujo suprimento impunha necessariamente a alteração do seu dispositivo (RE nº 88.958, rel.: Xavier de Albuquerque, DJU 12/5/1978).

Não é diferente o pronunciamento do STJ que estabelece que se a correção do vício acarretar a alteração do resultado do julgamento, é possível a concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração (EDRESP nº 302.298/MG, 4ª Turma, rel.: Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 17/2/2003).

Conforme Seabra Fagundes (1949, p. 34-40), aos embargos de declaração, para a devida prestação da tutela jurisdicional, não deve ser negado o efeito modificativo. Ao contrário: deve o magistrado, sempre que possível, afastar-se do formalismo exacerbado a que estão acometidos certos diplomas legais, ampliando a sua compreensão, “expediente esse essencial à evolução lenta e convincente do direito”.

Portanto, cabíveis os embargos de declaração ante a existência de obscuridade, contradição ou omissão, supridos esses defeitos ocorrerá a conclusão de novo julgamento, alterando, em consequência, o dispositivo da decisão – ocorre, na hipótese, o efeito infringente.

## **2.5 A atipicidade da aplicabilidade dos embargos de declaração**

### ***2.5.1 Embargos Declaratórios e “Erro de Julgamento”***

A seguir, citaremos duas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à ocorrência de “erro de julgamento” no pronunciamento embargado.

Convém fazer algumas observações sobre o acórdão dos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 194.662 (STF, Plenário, datado de 14.05.2015, por maioria de votos, Redator do Acórdão o Ministro Marco Aurélio, Diário da Justiça Eletrônico de 03.08.2015, p. 62).

O litígio, ao que consta, diz respeito à determinação do alcance de uma cláusula de certa convenção coletiva de trabalho (atinentes ao reajuste salarial). Mas o que aqui interessa é o problema da admissibilidade dos embargos declaratórios.

Lê-se na respectiva ementa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ERRO DE JULGAMENTO – INADEQUAÇÃO – Os embargos de declaração não se prestam a corrigir erro de julgamento”.

Segundo o voto do primitivo Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado pela maioria dos integrantes do Plenário, são admissíveis os embargos de declaração caso se trate de decisão contendo “premissa equivocada” (o pronunciamento omitiu-se sobre a jurisprudência da época); enquanto isso, não é cabível o mencionado recurso (e sim o recurso de embargos de divergência) em caso de “erro de julgamento” (o pronunciamento contrariou a jurisprudência).

Esse mesmo magistrado assim se pronuncia sobre o ponto:

Premissa equivocada e erro de julgamento são coisas completamente distintas: enquanto a primeira pressupõe erro material ou desconsideração de um fato que, se considerado, teria alterado o resultado do julgamento – ou seja, verdadeira omissão que, quando suprida, induz obrigatoriamente à alteração do julgado –, o erro de julgamento se substantiva num vício na aplicação do direito – que, juntamente com o erro de procedimento, é o fundamento, ainda quando equivocado, dos recursos de efeito infringente da decisão recorrida.

Mais adiante, acrescenta o Relator: “Embargos de declaração não têm o condão de submeter o que decidido a novo julgamento”. E arremata:

Desse modo, conheço dos embargos de divergência e os recebo para anular o acórdão da Segunda Turma proferido no julgamento dos primeiros embargos de declaração e restabelecer o acórdão primitivo do julgamento do recurso extraordinário.

O erro de fato e o erro na aplicação de direito a fato estão incluídos no “erro de julgamento”, do mesmo modo que na decisão com “premissa equivocada”, e podem ser, em certas situações, corrigidos mediante os embargos de declaração, de acordo com o entendimento jurisprudencial, ainda quando não se trate de defeito típico.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que, havendo evidente equívoco na decisão (ou, como diz, “equívoco manifesto” no pronunciamento),

são admissíveis os embargos declaratórios. E conclui: “[...] ausentes a indispensável semelhança de bases fáticas e disparidade de conclusões, além de flagrante a jurisprudência contrária ao interesse do embargante, não conheço dos embargos de divergência”.

Referindo-se ao pronunciamento dos primeiros embargos de declaração, interpostos contra a decisão do recurso extraordinário, assim se expressa o Ministro Marco Aurélio (redator do acórdão dos embargos de divergência, em razão da aposentadoria do Ministro Sepúlveda Pertence e de haver sido o primeiro magistrado que acompanhou o voto do Relator):

“[...] Se a Turma dissentiu de precedentes da Corte, o instrumental próprio à revisão pretendida não eram os declaratórios, mas os embargos de divergência, viabilizado – se procedente a óptica do dissenso, a demonstração do cabimento – o acesso ao Plenário”. Esse votante considera que o recurso de embargos de declaração só tem cabimento nas hipóteses previstas no Código de Processo Civil e prestigia o voto do Ministro Sepúlveda Pertence para fazer valer “o acórdão resultante da apreciação do extraordinário”.

Como se sabe, há tempos os Tribunais de segunda instância e os Tribunais Superiores (inclusive o Supremo Tribunal Federal), em não poucos processos, admitem (acertadamente) o manejo dos embargos declaratórios também na eventualidade de “erro de julgamento”, expressão empregada, de modo geral, por oposição à “erro de procedimento”.

Por sinal, os trabalhos que realizamos sobre o âmbito de admissibilidade dos embargos de declaração registram vários julgados em que o citado recurso mereceu provimento, com a correção de “erro de julgamento”, fora das hipóteses clássicas.

Note-se, a propósito, que o Ministro Teori Zavascki, em seu voto (vencido), afirma, com inteiro acerto, que o Supremo Tribunal, “em inúmeras situações – consideradas de ‘caráter excepcional’ -, deixou de lado a interpretação literal e estrita do art. 535 do CPC [de 1973], para o efeito de acolher embargos de declaração com efeitos infringentes, sempre que fosse necessário para corrigir equívocos relevantes no acórdão embargado”. Logo em

seguida, S.Exa. traz à colação alguns precedentes a respeito. O magistrado julga relevante o aproveitamento dos fatos processuais (no que concerne aos embargos de declaração) e conclui pelo não conhecimento dos embargos de divergência.

O Ministro Luiz Fux, por seu turno, considera inadmissíveis os embargos de divergência e acompanha o voto do Ministro Teori Zavascki. Mais adiante, em diálogo com outros componentes do Plenário, S.Exa. faz menção ao sistema do novo Código de Processo Civil, afirmando que, inclusive, “há um dispositivo em que, se houver um julgamento contra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, haverá a possibilidade de modificação desse julgamento em embargos de declaração para adequar, ao caso concreto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

Importa frisar que decidiu o STF, Plenário, por maioria de votos, julgar admissíveis os embargos de divergência, dar provimento ao recurso, para anular o acórdão dos primeiros embargos de declaração, e confirmar a decisão do recurso extraordinário. Afirmou-se que “os embargos de declaração não poderiam ser recebidos para a correção de erro de julgamento”. Entendeu o Ministro Relator que não cabiam embargos declaratórios contra a decisão do recurso extraordinário.

Não obstante o texto da ementa do acórdão, o entendimento jurídico do pronunciamento do STF, ao nosso ver, não tem aptidão para abolir a orientação jurisprudencial, consoante a qual, algumas vezes, é conveniente ou necessário o manejo dos embargos declaratórios, ainda quando se trate de erro na aplicação de direito a fato, em caso não previsto na lei, por economia processual, ou em virtude da inexistência de outro recurso para a obtenção de um resultado justo.

Cabe observar que, neste momento em que escrevemos (em meados de fevereiro de 2016), pendem de julgamento novos embargos declaratórios (fonte de informação: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)).

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante o acórdão do Supremo Tribunal Federal citado em 1.1, o “erro de julgamento” pode, em não poucos processos, ser corrigido mediante os embargos de declaração (exemplo: decisão aludida em 1.2).

Relativamente à admissibilidade dos embargos de declaração, no sistema do Código de 2015, é muito importante a identificação dos padrões de cabimento de tal recurso (ver alguns exemplos concretos citados no item 2).

Não há lugar para o recebimento de embargos de declaração como pedido de reconsideração. É exato o entendimento jurídico adotado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça a respeito, aludido no item 3.

No que concerne ao cabimento dos embargos de declaração, está fora de dúvida que, sob o regime do novo Código, é admissível o recurso em estudo, tanto nos casos previstos no art. 1.022 quanto à luz dos arts. 489, § 1º, nº VI, 926 e 927, nas hipóteses reconhecidas pela jurisprudência (ver o item 4 deste trabalho).

### REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.
- BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. **Dos embargos de declaração**. 2. ed. São Paulo: RT, 1977. v. 7.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de direito judiciário do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTR, 1995. v. 7.
- BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, RT, 1975. CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*. Napoli: Morano, 1976. v. 6-7.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituzione del Nuovo Proceso Civile Italiano**, 4. ed. Roma: Foro Italiano, 1951. v. 1.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, v. 595. São Paulo, maio 1985.



DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Contribuição da jurisprudência à evolução do Direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 557. Rio de Janeiro, Forense, p. 34-40, 1949.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. ***Embargos de declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos***. São Paulo: RT, 2003.

GARCIA, José Ailton. **O agravo, o efeito suspensivo e o regime da Lei nº 11.187/05**. 24 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.apejur.com.br>>. Acesso em: 12 set. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. V. II. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

GUIMARÃES, Renato Lobo. **Embargos de declaração com efeito modificativo do julgado**. 2.ed. Porto Alegre: IOB, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. V. III. MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MASSARI, Alberto. Correzione e Integrazione del Provvedimento, del Giudice. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). **Novíssimo Digesto Italiano**. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. IV.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos de declaração e agravo interno no Projeto de CPC (Substitutivo de lavra do Deputado Paulo Teixeira): algumas sugestões para retificações do texto projetado. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 221, p. 245-290, 2013.

\_. O efeito devolutivo e seus desdobramentos. In: **Dos recursos: temas obrigatórios e atuais**. Vitoria: Instituto Capixaba de Estudos, 2001. p. 119-168. V. 1: parte geral.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: RT, 2012. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 10.ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Vicente de. **Embargos de declaração no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MONTEIRO NETO, Nelson. Embargos de declaração e apelação condicional. **Revista de Processo**, v. 245, p. 245-253, jul. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As bases do direito processual civil. In: **Temas de Direito Processual (Primeira Série)**. 2. ed. São Paulo, 1988. p. 3/15.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORTAZA, Ludovico. **Commentario del código delle leggi di procedura civile**. 4. ed. Milano: Vallard, 1992. V. IV.

NERY JR., Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. V. 8. São Paulo: RT, 2005.  
NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Recurso especial*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. OLIVEIRA, Francisco Antônio. *O processo na justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

OLIVEIRA, Paulo Rogério de. **Embargos de declaração e a segurança jurídica**. São Paulo: Lex, 2009.

PEREIRA, José Higino Duarte. **Embargos de declaração no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1975. T. VII.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 2. ed. Rio Janeiro: Forense, 1999.

SATTA, Salvatore. **Diritto Procesuale Civile**. 6. ed. Padova: Cedam, 1959.

SILVA, Antônio Carlos da. **Embargos de declaração no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 28. ed.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. V. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Olvídio; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 2. ed. Belo Horizonte: Mazza, 2001.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Sistemas de recursos trabalhistas**. 9. ed. São Paulo: LTR, 1991.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

ZANZUCCHI, Marco Túlio. **Diritto Procesuale Civile**. 5. ed. Milano: Giuffré, 1962. v. 2.

# JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A ATUAÇÃO COMO CORTE DE PRECEDENTES PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

## *DEFENSIVE JURISPRUDENCE AND THE ACTION AS A COURT OF PRECEDENTS BY THE SUPERIOR COURTS*

Fábio Bretas Prata<sup>1</sup>

### RESUMO

O sistema jurídico está em constantes mudanças. Essa mutabilidade está atrelada à necessidade de evolução do direito para acompanhar as complexidades de uma sociedade. Com o passar o tempo uma sociedade muda, cria novas relações e, conseqüentemente, novos direitos que são regulados por meio de legislação e aplicados quando há qualquer conflito nas relações tuteladas pelo Estado. Existem diversos tipos de sistemas jurídicos e no Brasil o adotado é o sistema do civil law, que é o sistema de todos países de origem romano-germânica. A adoção de um sistema jurídico implica em algumas especificidades que são características do sistema e devem ser consideradas no âmbito procedimental ao buscar disciplinar as dinâmicas sociais. A busca pela tutela estatal no âmbito jurídico tem crescido, alcançando números como 79,8 milhões de processos em tramitação no ano de 2016<sup>2</sup> e 80,1 milhões no ano de 2017<sup>3</sup>. Esse grande número de processos tem sufocado o judiciário que, em resposta, optou por adotar teses jurídicas defensivas em forma de súmulas para tentar eliminar o número de demandas que permanecem sem uma solução. Outra alternativa, também adotada pelo judiciário, foi a utilização de um comportamento como corte de precedentes pelos tribunais, com a criação de diversos institutos como o IRDR, o RG e recursos repetitivos<sup>4</sup>. Com o advento do NCPC em 2015, o papel dos precedentes no ordenamento jurídico se tornou ainda mais importante, como destaca o artigo 499, parágrafo 1º, incisos V e VI<sup>5</sup>, do código supracitado. O presente artigo pretende apresentar o funcionamento de uma corte com base em precedentes e das jurisprudências defensivas, convidando o leitor a uma reflexão da possibilidade de harmonia entre os dois.

**Palavras-chave:** Corte de Precedentes, Jurisprudência Defensiva, Sistema Jurídico.

---

<sup>1</sup> Advogado, Bacharel em Direito pelo UniCEUB, aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

<sup>2</sup> <https://www.conjur.com.br/2017-set-04/110-milhoes-processos-passaram-judiciario-2016>

<sup>3</sup> <https://www.portaldoholanda.com.br/brasil/processos-judiciais-pendentes-somam-80-milhoes-em-2017-diz-cnj>

<sup>4</sup> <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81998-cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos>

<sup>5</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

## ABSTRACT

The legal system is constantly changing. This mutability is linked to the need for evolution of law to accompany the complexities of a society. As time passes a society changes, it creates new relations and, consequently, new rights that are regulated by means of legislation and applied when there is any conflict in the relationships protected by the State. There are several types of legal systems and in Brazil the adopted is the civil law system, which is the system of all countries of Roman-Germanic origin. The adoption of a legal system implies some specificities that are characteristic of the system and must be considered in the procedural scope when seeking to discipline social dynamics. The search for state legal guardianship has grown, reaching 79.8 million lawsuits in 2016 and 80.1 million in 2017. This large number of cases has stifled the judiciary, which in response has chosen to adopt defensive legal theses in the form of overviews to try to eliminate the number of demands that remain without a solution. Another alternative, also adopted by the judiciary, was the use of a precedent court-like behavior, with the creation of several institutes such as IRDR, RG and repetitive resources. With the advent of the NCPC in 2015, the role of precedents in the legal system has become even more important, as pointed out in article 499, paragraph 1, points V and VI, of the aforementioned code. The present article intends to present the operation of a court based on precedents and the defensive jurisprudence, inviting the reader to a reflection of the possibility of harmony between the two.

**Keywords:** Court of Precedents, Defensive Jurisprudence, Legal System.

## 1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade inevitavelmente gera conflitos. O judiciário deve fornecer soluções às lides que lhe são apresentadas, quando provocado. O funcionamento do poder judiciário irá variar em cada local, a depender do sistema jurídico adotado, do aspecto social, cultural, político e econômico que influencia o processo jurídico, dentre outros fatores, mas algo em comum que todo judiciário deve ter é a harmonia e coerência de seus órgãos e institutos para o seu bom funcionamento.

Os institutos que fazem parte do ordenamento jurídico devem possuir compatibilidade entre si, sob pena de se contradizerem e causarem insegurança jurídica ou possuírem incongruências procedimentais que causem o seu mal funcionamento.

Atualmente, no Brasil, a reflexão do uso de jurisprudências defensivas deve ser feita ao passo que o comportamento dos tribunais como corte de precedentes vem aumentando e, com o NCPC, houve o reforço do papel dos precedentes nas teses jurídicas a serem construídas pelos atores que atuam no Judiciário.

## 2 JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

A jurisprudência defensiva é a prática de rejeição de recursos com base em preceitos formais e rigidez no que tange aos requisitos de admissibilidade recursal:

A jurisprudência defensiva pode ser entendida como a prática adotada pelos tribunais brasileiros, notadamente as cortes superiores, para o não conhecimento de recursos em razão de apego formal e rigidez excessiva em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal.<sup>6</sup>

Ao rejeitar um recurso com base nessas razões, a matéria de fundo, a questão de mérito não será analisada e o ordenamento jurídico não oferecerá um posicionamento em relação a matéria em voga. Sendo assim, a questão não gera um impacto negativo por si só, as regras formais e requisitos de admissibilidade devem ser seguidos, mas o seu abuso tem o potencial para gerar consequências negativas para o sistema jurídico como um todo e, em especial, para a segurança jurídica, a partir do momento em que não há uma posição clara pelo judiciário em relação a um tema de relevância para a sociedade:

O busilis reside justamente na criação de entraves formalistas (por vezes *contra legem*), que prezam pelo rigorismo exacerbado, pernicioso, em detrimento do exame do mérito. Esse famigerado mecanismo há muito é objeto de reprovação da doutrina.<sup>7</sup>

A importância da análise de mérito foi objeto de destaque na lei 13.105/15, o NCPC, que buscou extinguir ou mitigar a jurisprudência defensiva

<sup>6</sup> <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264821,61044-A+jurisprudencia+defensiva+ataca+novamente>

<sup>7</sup> <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264821,61044-A+jurisprudencia+defensiva+ataca+novamente>

nos tribunais ao prestigiar o julgamento de mérito com o fim de formalismos desnecessários:

O advento da lei 13.105/15, responsável pela promulgação do vigente CPC, trouxe à comunidade jurídica boas esperanças no que diz respeito ao fim da jurisprudência defensiva. Isso porque o novo diploma preocupou-se em prestigiar o julgamento do mérito (tanto em primeira instância quanto em grau recursal), eliminando formalismos descomedidos, que apenas dificultavam a efetiva e completa prestação jurisdicional.<sup>8</sup>

Essa perspectiva parte da consideração e valoração de princípios como o da instrumentalidade das formas e da prestação jurisdicional. O princípio da instrumentalidade das formas define que os atos processuais são meios para atingir um objetivo, logo, o aspecto primordial de um processo seria a sua análise de fundo. Sendo assim, pequenos defeitos teriam a possibilidade de serem superados se o objetivo final fosse alcançado sem prejuízos para as partes envolvidas em um processo. A validade do ato será preservada se, ainda que a forma definida em lei não seja respeitada em sua completude, a finalidade foi atendida:

Pelo princípio da instrumentalidade das formas, temos que a existência do ato processual é um instrumento utilizado para se atingir determinada finalidade. Assim, ainda que com vício, se o ato atinge sua finalidade sem causar prejuízo às partes, não se declara sua nulidade. As petições iniciais, por exemplo, inauguram a fase postulatória e criam o caminho do processo com objetivo de resolver um conflito. Por conta da importância dessa peça, algumas formalidades são essenciais para sua elaboração, mas que nem sempre são seguidas à risca.<sup>9</sup>

Os artigos 188 e 277 da lei 13.105/15 evidenciam esse princípio:

Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”<sup>10</sup>

<sup>8</sup> <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264821,61044-A+jurisprudencia+defensiva+ataca+novamente>

<sup>9</sup> <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/entenda-o-principio-da-instrumentalidade-das-formas>

<sup>10</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.<sup>11</sup>

No mundo jurídico pode-se reconhecer diversos caminhos para um mesmo fim, considerando essa perspectiva é interessante de formalismos não ganhem maior peso que uma causa importante que necessita de um parecer do poder jurídico.

Por sua vez, o princípio da prestação jurisdicional é um direito fundamental contigo no artigo 5º, inciso XXXV, da CF<sup>12</sup>. Os direitos fundamentais são direitos humanos positivados em uma Constituição:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.<sup>13</sup>

Sendo assim, o modo como são positivados diferem, a amplitude e essência do direito, isso se deve pelos diferentes aspectos históricos, sociais, culturais, econômicos e políticos de determinada sociedade que resultará na carga axiológica de determinado direito:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

<sup>12</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 5.



Por representarem aspectos ligados à vida humana digna, a concretização de direitos fundamentais é buscada da forma mais ampla possível<sup>15</sup>.

A prestação jurisdicional está nesse elevado patamar de direito que deve ser garantido pelo Estado. Ele consiste na garantia de que, quando provocado, o poder judiciário deverá apreciar a questão que lhe é trazida. A quebra da inércia do juiz pela condução de um anseio social ao judiciário tem por finalidade o fornecimento de uma solução, uma resposta para a questão em evidência. A prestação jurisdicional é a finalidade a ser buscada com o processo, como tratado ao falarmos da instrumentalidade do processo. Esse prestígio por parte do NCPC se torna evidente nos artigos 4º, 1007, § 7º, 1024, § 5º e 1032 da lei 13.105/15.

O artigo 4º estabelece que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”<sup>16</sup> Literalmente destacando o direito das partes de terem os seu pleito analisado em sua integralidade pelo judiciário, em tempo hábil, que deverá fornecer uma solução satisfativa ao pedido, quando reconhecido o direito no caso concreto.

O artigo 1007, § 7º, estabelece que:

No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

[...]

§ 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.<sup>17</sup>

O supracitado artigo trata da deserção de recursos e, em seu parágrafo 7º, fornece uma solução para que o processo prossiga e seja possível a sua

<sup>15</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 171.

<sup>16</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

<sup>17</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

análise de mérito ao estabelecer a possibilidade de o recorrente sanar um vício na guia de custas dentro prazo legal de cinco dias.

Em acréscimo, o artigo 1024, em seu §5º, determina que:

O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.

[...]

§ 5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.<sup>18</sup>

Ao firmar a desnecessidade de ratificação de recurso especial interposto antes do julgamento de embargos declaratórios sem efeitos infringentes, o legislador suprimiu uma ação antes necessária, mas incoerente, privilegiando a celeridade processual e potencializando a possibilidade de uma tutela jurisdicional em tempo hábil.

Por fim, o artigo 1032 afirma que:

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.<sup>19</sup>

O artigo acima citado revela sua base no princípio da fungibilidade, ao permitir que, manejado o recurso especial tratando de matéria constitucional, o recorrente tenha o prazo de 15 dias para preencher requisitos relativos ao recurso extraordinário, que seria o recurso correto para questionar matéria constitucional, e permitir a continuidade do andamento processual sem afastar a possibilidade de análise de mérito do caso com base em preceitos formais.

Feitas tais considerações em relação às teses defensivas, a sua existência se deve à busca pela tutela estatal no âmbito jurídico que tem crescido e

<sup>18</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

<sup>19</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

alcançando números como 79,8 milhões de processos em tramitação no ano de 2016<sup>20</sup> e 80,1 milhões no ano de 2017<sup>21</sup>.

Essa alta demanda do judiciário fez com que, sufocados com a quantidade de processos, a adoção de uma maneira célere e simples parecesse uma boa solução e numericamente pode até ser. Ocorre que os fundamentos do direito buscam uma resposta que não pode ser avaliada apenas objetivamente e sim subjetivamente, que será a tutela do Estado, como o Estado irá solucionar por meio das ferramentas disponíveis as demandas sociais. O atendimento de demandas sociais só é possível se analisado o mérito da questão trazida ao Poder Judiciário e, sendo ela um quesito para a qualidade da tutela estatal, deve ser ponderado até que ponto o apego a formalismos exacerbados deve se sobrepor à legitimidade democrática do direito<sup>22</sup>.

### 3 CORTE DE PRECEDENTES

O sistema jurídico brasileiro é o *civil law*, sistema jurídico adotado por todos países de origem romano-germânica. O sistema jurídico mais disseminado no mundo, o *civil law* tem como característica básica o alicerce na positivação de leis, pelo processo legislativo, que é sua fonte primária. A norma jurídica em abstrato procura abranger em sua regulamentação, previsão, os casos que poderão ocorrer de modo que em sua descrição seja oferecida o devido posicionamento pelo judiciário:

A segunda escola, predominante na Europa Continental, é denominada de *Civil Law*. De tradição romana, prioriza o positivismo consubstanciado em um processo legislativo. A norma jurídica constitui-se em um comando abstrato e geral procurando abranger, em uma moldura, uma diversidade de casos futuros.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> <https://www.conjur.com.br/2017-set-04/110-milhoes-processos-passaram-judiciario-2016>

<sup>21</sup> <https://www.portaldoholanda.com.br/brasil/processos-judiciais-pendentes-somam-80-milhoes-em-2017-diz-cnj>

<sup>22</sup> Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo-excessivo. Revista de Processo. v. 137. São Paulo, Editora RT, 2006, p. 20.

<sup>23</sup> <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>

Em contrapartida, a *common law* se baseia nas especificidades de um caso concreto, o qual o juiz, com seu arcabouço técnico-jurídico e elementos que constituem o caso, criará uma regra aplicável ao contexto em que existe a lide:

[...] o Sistema de *Common Law* funda-se na percepção casuística de cada caso. Baseia-se no problema, sendo compreendido por meio de seus fatos relevantes. Neste sentido, possibilita-se ao magistrado, tendo como suporte os elementos de fato e de direito que molduram o julgamento, criar uma regra geral para a decisão, denominada de precedente judicial.<sup>24</sup>

Nesse último sistema, o juiz possui um maior espaço para julgar, possuindo parâmetros gerais que devem guia-lo, mas tendo a competência para criação de uma regra específica.

No sistema anglo-saxão os juízes e tribunais se espelham principalmente nos costumes e, com base no direito consuetudinário, julgam o caso concreto, cuja decisão, por sua vez, poderá constituir-se em precedente para julgamento de casos futuros. Esse respeito ao passado é inerente à teoria declaratória do Direito e é dela que se extrai a ideia de precedente judicial.<sup>25</sup>

Estabelecida, brevemente, a diferença entre os sistemas, sua importância deve ser destacada quando analisada o ordenamento jurídico como um todo. Ambas possuem suas especificidades e delineiam a função jurídica de modo diferente.

No Brasil, resta clara a adoção da *civil law* pois a função e criador do direito é, em regra, do poder legislativo. As balizas legais que determinam a função do juiz no Brasil e mais restrita do que as balizas em países que adotam a *commom law*.

A CF, em seu artigo 5º, inciso II, estabelece que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito

<sup>24</sup> <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>

<sup>25</sup> <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>

à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;<sup>26</sup>

Nesse artigo está evidenciado o princípio da legalidade. O princípio da legalidade estabelece que sem lei não haverá deveres, direitos ou impedimentos, ou seja, para que o comportamento de uma pessoa esteja vinculado a uma regra em uma certa situação deve-se preencher, anteriormente, a condição de uma lei constitucional que determine o cumprimento dessa regra:

Através da lei é possível criar deveres, direitos e impedimentos, estando os indivíduos dependentes da lei. Nesse princípio, aqueles que estão dentro dele devem respeitar e obedecer a lei. Pode-se ainda dizer que esse princípio representa uma garantia para todos os cidadãos, prevista pela Constituição, pois por meio dele, os indivíduos estarão protegidos pelos atos cometidos pelo Estado e por outros indivíduos.<sup>27</sup>

Considerando as características do sistema civil law, a reflexão referente a adoção de um comportamento similar a corte de precedentes por parte dos tribunais brasileiros é adequada. Uma corte de precedentes estabelece um vínculo a partir de decisões paradigmas que norteiam todos casos que possuam identidade com os parâmetros de decidir, das razões de decidir, do paradigma. Ou seja, aqui se fala da doutrina do stare decisis, aquilo que foi decidido deve ser respeitado, adotada pelo sistema de common law.

Considerado esse ponto, a stare decisis é um instituto, um componente de um sistema jurídico diferente do adotado no Brasil. Esse instituto exalta a segurança jurídica, a isonomia e a duração razoável do processo, unificando decisões que possuem mesma causa de decidir ou mesmos parâmetros que constituíram os fatores importantes no convencimento de um juiz:

O respeito ao precedente deve ser exaltado em face de diversas questões pontuais que refletem em toda a

<sup>26</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

<sup>27</sup> <http://principios-constitucionais.info/principio-da-legalidade.html>

sociedade, como a segurança jurídica, a isonomia e a duração razoável do processo, pois não é coerente que dois cidadãos detentores de direitos idênticos ao buscarem a tutela jurisdicional de um mesmo sistema recebam sentenças antagônicas.<sup>28</sup>

Nessa linha, o NCPC, ao firmar em seu artigo 926, parágrafos 1º e 2º, que os tribunais devem uniformizar a jurisprudência aproximou a sistemática jurídica brasileira ao *commom law*, nesse tema unicamente, dando uma força vinculante aos precedentes antes não atribuída a eles:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.<sup>29</sup>

Essa proximidade visa criar um ordenamento mais uniforme e previsível, destacando que esse comportamento leva a uma maior segurança jurídica e uma maior eficiência do trabalho exercido pelo Poder Judiciário. Uma maior segurança jurídica, pois, decisões em casos similares não terão uma grande discrepância nas razões de decidir, gerando uma certa previsibilidade e maior eficiência, na medida que uma pessoa acometida por um fato que lhe obrigue a buscar a tutela jurisdicional terá uma resposta em tempo menor pelo conhecimento já possuído e trabalhado em casos similares pelos tribunais.

A tendência é que sua adoção auxilie também o Judiciário, pois se ele não consegue vencer o volume de trabalho que a cada dia bate à sua porta, nada mais coerente do que inibir demandas cujos resultados possam ser aferíveis de antemão.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-machado-meyer/coluna-machado-meyer-stare-decisis-e-seguranca-juridica-o-precedente-judicial-e-sua-fundamentacao-no-novo-cpc-08042016>

<sup>29</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

<sup>30</sup> <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-machado-meyer/coluna-machado-meyer-stare-decisis-e-seguranca-juridica-o-precedente-judicial-e-sua-fundamentacao-no-novo-cpc-08042016>

Ainda, no que concerne princípios que se alinham às cortes de precedentes, há de se falar do princípio da unidade e do efeito integrador.

O princípio da unidade define que a constituição deve ser entendida como um sistema, uma unidade, não se deve interpretar uma norma sem considerar as demais da Constituição<sup>31</sup>, essa ideia deve permear o ordenamento jurídico como um todo, de modo que agregue solidez a ele.

O efeito integrador busca uma coerência com a realidade social e política que a Constituição regula, a realidade fática possui o papel de diretriz para a interpretação do texto normativo<sup>32</sup>, dessa maneira, ao trabalhar exaustivamente um paradigma, os juizes puderam, de forma mais completa, abordar todas perspectivas que fazem parte da lide, fornecendo uma decisão de qualidade maior em larga escala.

Ponderando todos aspectos já ressaltados, não há de se levantar a independência e autonomia de órgãos do judiciário em detrimento de sua estabilidade, em detrimento da segurança jurídica:

A segurança jurídica, que sempre foi almejada nos países da civil law através da codificação, só poderá ser alcançada quando ficar claro que em um sistema coerente e seguro é inconcebível que o Judiciário – pensado enquanto unidade – julgue casos iguais de maneira distinta, em evidente desrespeito ao princípio da isonomia.<sup>33</sup>

Uma resposta mais adequada e que atenda as reais necessidades da sociedade deve ser um fator preponderante no que concerne às reflexões referentes ao funcionamento do Poder Judiciário.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 114.

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 117.

<sup>33</sup> <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-machado-meyer/coluna-machado-meyer-stare-decisis-e-seguranca-juridica-o-precedente-judicial-e-sua-fundamentacao-no-novo-cpc-08042016>

## 4 CONFLITOS ENTRE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E CORTE DE PRECEDENTES

A incompatibilidade entre a jurisprudência defensiva e a corte de precedentes se dá na finalidade de cada um. Enquanto ambas possuem uma consequência em comum, qual seja, a redução da quantidade de processos que ficariam em tramitação aguardando um posicionamento do órgão do judiciário, o princípio logístico por trás dessa consequência é diferente.

As jurisprudências defensivas, como já destacado, visam reduzir a quantidade de processos que necessitariam de uma análise de mérito por parte do judiciário, sendo apontado algum óbice formal para o impedimento dessa análise.

A corte de precedentes funciona a partir da proposta de unificação decisória e vinculação a precedentes com base em uma extensa análise de mérito de um processo paradigma que tornaria a análise de processos similares, que possuem identidade com o processo paradigma, mais simples e célere ou até mesmo desnecessária, sendo possível a *aplicação in plenus* da decisão de um processo judicial em outro:

A igualdade, a coerência, a isonomia, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais constituem as principais justificativas para a adoção do sistema do stare decisis ou em bom Português, o sistema da força obrigatória dos precedentes. Se por um lado não se pode negar a quebra dos princípios acima arrolados pelo fato de que situações juridicamente idênticas sejam julgadas de maneira distintas por órgãos de um mesmo tribunal, também não se pode fechar os olhos à constatação de que também a pura e simples adoção do precedente e principalmente a abrupta mudança da orientação jurisprudencial é capaz de causar grave insegurança jurídica.<sup>34</sup>

Notadamente, a importância da análise do mérito é destacada na corte de precedentes, pois é o processo que permite uma unificação do judiciário respeitando a segurança jurídica. Já a jurisprudência defensiva, quando

<sup>34</sup><https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>



utilizada de modo que possa impedir a análise de mérito de uma questão relevante, é um instituto danoso à segurança jurídica e à prestação jurisdicional, sendo de grande necessidade a sua relativização quando tratar-se de tópico de relevante interesse e grande abrangência na sociedade.

A incompatibilidade entre os dois se deve ao potencial óbice que as jurisprudências defensivas, quando não passíveis de uma relativização, podem oferecer ao funcionamento dos tribunais como corte de precedentes.

Os aspectos procedimentais e estruturantes do direito devem ter por base princípios primários que regem o próprio direito. Os princípios fundamentam tanto os procedimentos jurídicos quanto a finalidade que se busca pelos processos. Não se deve, por apegos formais, fomentar uma possível ameaça a concretização plena do direito.

Por fim, a destacada importância da segurança jurídica não pode ser tida como valor absoluto. A adequação do ordenamento jurídico aos anseios sociais atuais é uma preocupação tão importante quanto, buscar sempre a atualização do direito no sentido de tutelar de fato todas necessidades que a sociedade possui. Com o passar o tempo a sociedade muda, novas relações surgem, a complexidade das relações já existentes aumenta e o Poder Judiciário deve buscar se inovar para oferecer uma solução e um posicionamento diante dessas novas sistemáticas. Para isso, o funcionamento com base em precedentes tem de vislumbrar a possibilidade de um reposicionamento ou de uma complementação em relação a uma decisão de norteia determinado contexto. Isso só irá ocorrer se o mérito puder ser analisado extensivamente, quando houver o apontamento de alguma inovação fática, axiológica na sociedade ou de direito e para que o judiciário tenha acesso às mudanças que o direito tanto tenta acompanhar um óbice como as jurisprudências defensivas não podem barrar esse avanço. A técnica aqui vislumbrada é a *overruling*, amparada em teorias norte-americanas:

Por meio dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua

aplicação. O paradigma escolhido se aplicaria ao caso sob julgamento, contudo, em face desses fatores, não há conveniência na preservação do precedente. Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam. Ressalve que somente o órgão legitimado pode proceder à revogação do precedente.<sup>35</sup>

A possibilidade de revisão de posicionamentos do judiciário com o decorrer do tempo permite uma prestação jurisdicional mais apropriada, resolvendo de maneira certa as questões da sociedade.

## 5 CONCLUSÃO

O embate em questão necessita de diversas reflexões atinentes a uma grande variedade de institutos. Ao final, o objetivo de ter uma melhor prestação jurisdicional e, conseqüentemente, uma melhoria nas interações sociais se deve fazer presente. Uma alta qualidade de decisões e a celeridade processual são conseqüências do bom funcionamento de um ordenamento jurídico que possui preceitos sólidos e coerentes.

Solidez, nesse caso, não é antônimo de possibilidade de adaptações, pelo contrário, a qualidade das decisões, como já dito exaustivamente, depende do acompanhamento por parte do ordenamento de valores sociais, culturais e políticos de uma sociedade. A fluidez da dinâmica entre ordenamento jurídico e desenvolvimento social deve ter por base fundamentos legítimos e bem embasados que possam gerar segurança jurídica e uma eficiente prestação jurisdicional.

Ponto de igual importância é a perspectiva de que o ordenamento é um sistema complexo e que seu aspecto unitário deve ser preservado em prol da conservação da coerência de seus institutos. Essa concepção é imprescindível no processo de mudança e adaptação do próprio ordenamento jurídico.

---

<sup>35</sup> <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRANCO, **Paulo Gustavo Gonet**. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., Saraiva.

<https://www.conjur.com.br/2017-set-04/110-milhoes-processos-passaram-judiciario-2016>

<https://www.portaldoholanda.com.br/brasil/processos-judiciais-pendentes-somam-80-milhoes-em-2017-diz-cnj>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81998-cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos>

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264821,61044-A+jurisprudencia+defensiva+ataca+novamente>

<http://principios-constitucionais.info/principio-da-legalidade.html>

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-machado-meyer/coluna-machado-meyer-stare-decisis-e-seguranca-juridica-o-precedente-judicial-e-sua-fundamentacao-no-novo-cpc-08042016>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)  
. Acesso em 2 de out. de 2018.

<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.201>

# O AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO PEÇA IMPUGNATÓRIA AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

## *THE INSTRUMENT AWARD AS AN OBJECTION TO THE ADMISSIBILITY JUDGMENT*

Vítor Fortini Düvelius<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo abordar de forma sucinta o recurso de Agravo de Instrumento e sua finalidade processual. Buscou-se realizar um estudo a respeito das controvérsias sobre o assunto, suas motivações através de uma abordagem jurídica. Visou-se analisar fatores influenciaram na construção e evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial do referido recurso a partir de uma pesquisa bibliográfica acerca do tema. Após, buscou-se analisar decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho a título exemplificativo.

**Palavras-chaves:** Agravo de instrumento. Requisitos processuais; Admissibilidade recursal.

### ABSTRACT

The present work had the objective of briefly addressing the appeal of the Appellate Court and its procedural purpose. A study was made about the controversies on the subject, their motivations through a legal approach. The objective was to analyze factors that influenced the construction and legislative, doctrinal and jurisprudential evolution of this resource based on a bibliographical research on the subject. Afterwards, an attempt was made to analyze the decision handed down by the Higher Labor Court as an example

### 1 INTRODUÇÃO

O Agravo de Instrumento é peça processual oriunda do gênio jurídico português. Têm-se que da admissibilidade de uma demanda judicial até o seu pronunciamento de mérito há inúmeros provimentos intermediários, chamados

---

<sup>1</sup> Advogado Pós-graduado em Direito do Trabalho.

de decisões interlocutórias, posto que ao magistrado não se põem de plano todas questões necessárias ao julgamento do mérito, sendo as mesmas apresentadas de forma progressiva e conforme as variantes do procedimento.

Teoricamente, considerando a origem e vocação do presente recurso, o mesmo cabe de decisões interlocutórias, conforme prevê o art. 1.015, caput, do CPC/15 e visando limita-lo às decisões enumeradas nos incisos da regra. O art. 203, §2º, define a decisão interlocutória por exclusão: é “todo pronunciamento judicial de natureza decisória” que não seja sentença. O conteúdo e a topologia caracterizam a sentença, sendo que a exclusão se refere a essa última, porque cabe agravo de instrumento contra atos que, apesar do conteúdo próprio da sentença terminativa (art. 485) ou da sentença definitiva (art. 487), não extinguem as atividades da formulação da regra jurídica concreta (cognição) ou sua realização prática (execução)<sup>2</sup>.

## 2 DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO PROCESSO TRABALHISTA

O recurso de modo geral possui como característica ser uma peça autônoma deduzida simultaneamente ao processo, tendo em vista que os elementos objetivos, a causa e o pedido, distinguem-se dos já mencionados pelas partes. A pretensão recursal mencionada no art. 1.019, III do CPC/15, como possível objeto de antecipação – tem identidade própria.

Especificamente quanto ao processo trabalhista, que possui aplicação subsidiária o processo civil, consonante previsão do art. 769 da CLT “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”, têm-se que, via de regra, as decisões interlocutórias são irrecorríveis de imediato.

Preleciona Amauri Mascaro Nascimento<sup>3</sup> que:

<sup>2</sup> ASSIS, Araken de. *Manual de Recursos*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 620-621

<sup>3</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 632.

Como o juiz aprecia os pressupostos do recurso e pode indeferir o processamento se os entender descumpridos, impedindo assim, o normal andamento do processo na via recursal, é preciso garantir às partes um meio impugnatório contra o despacho que nega seguimento ao recurso, e para esse fim é cabível o agravo de instrumento. Portanto, quando um recurso não é processado, o meio de fazer com que continue a sua tramitação é o agravo de instrumento.

Nas lições de Mauro Schiavi<sup>4</sup>, o mesmo assevera que ao contrário do Agravo no Direito Processual Civil, que tem finalidade específica de atacar decisões interlocutórias, no Processo do Trabalho, a finalidade específica do recurso de agravo de instrumento é destrancar o recurso, cujo seguimento foi negado, ou seja, o agravo de instrumento tem a finalidade específica de fazer com que o recurso, cujo seguimento foi trancado no juízo a quo, siga ao Tribunal ad quem para julgamento.

José Augusto Rodrigues Pinto<sup>5</sup>, adverte que

O agravo de instrumento, tipificado no art. 897, b, da CLT é exercitável em qualquer dos graus de jurisdição, sempre na função específica de liberar o recebimento de qualquer outro tipo de recurso que tenha sido trancado pelo juízo a quo. Seu julgamento, entretanto, se restringe aos órgãos de seus graus superiores (TRT e TST), jamais podendo caber aos de jurisdição inferior (Vara do Trabalho e Juízo de Direito).

O art. 897, alínea b, da CLT, refere-se a despacho, entretanto trata-se de decisão interlocutória, uma vez que resolve uma questão incidente do processo, que é a apreciação da admissibilidade do recurso, causa gravame à parte recorrente e não põe fim ao processo. Dessa forma, não trata-se de “indeferimento da interposição” que é ato da parte, e sim de denegação do seguimento ao recurso, ou seja, o seu não conhecimento.

Referido recurso deverá ser direcionado à autoridade que denegou seguimento ao mesmo, acompanhado das razões, não havendo possibilidade de

<sup>4</sup> SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*: de acordo com Novo CPC. 11. ed. São Paulo: LTr, 2016.

<sup>5</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Manual dos recursos nos dissídios do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 252.

interposição por simples petição, posto que deve demonstrar o equívoco do juízo a quo em não conhecer do recurso que foi interposto.

O agravo de instrumento será julgado pelo tribunal que seria competente para conhecer do recurso cuja interposição foi denegada (§4º do art. 897 da CLT).

Conforme previsão do §5º, I, do art. 897, da CLT, o agravo de instrumento será instruído obrigatoriamente com determinadas peças, sendo as demais facultativas (inciso II), bem como recolhimento de custas e depósito recursal (§ 7º do art. 899, da CLT).

O objetivo da juntada dessas peças é, justamente, propiciar uma vez provido o agravo, passar ao julgamento imediato do recurso que fora trancado, conforme prevê o §7º do art. 897 da CLT, possibilitando celeridade e efetividade do processo.

Novamente Amauri Mascaro Nascimento bem elucida que

A finalidade desta medida é acelerar o julgamento e evitar a baixa do agravo de instrumento para remessa do processo principal a instância superior. Agora, os autos principais permanecerão onde estão e a execução será possível enquanto o agravo de instrumento não estiver julgado, mas, se for provido para apreciação do mérito, que tanto poderá ser acolhido ou não, essa decisão integral será possível, por força do novo dispositivo legal e diante da natureza devolutiva do recurso, proferida no instrumento do agravo, e repercutirá em seus termos, no processo principal, terminando ou prosseguindo a execução se extinto ou não o título executório.

O prazo para interposição do agravo de instrumento é de oito dias, contados da intimação da decisão que denegou seguimento ao recurso, sendo que a responsabilidade pela correção das peças é do agravante. Uma vez interposto, o agravado será intimado para contra-arrazoar o agravo, no prazo de oito dias, instruindo-a com as peças necessárias à instrução da defesa.

O agravo não está sujeito a pagamento de custas, mas está sujeito ao depósito recursal, a cargo do reclamado, ou do tomador de serviços, quando há condenação em pecúnia, nos termos do art. 899, § 7º da CLT. O dispositivo



prevê que quando o Agravo de Instrumento tiver apenas a finalidade de destrancar Recurso de Revista contra decisão que contrariar súmula do TST, ou Orientação jurisprudencial, não haverá a necessidade de recolhimento do valor de 50% do valor do depósito do recurso de Revista. Se o Agravo de Instrumento tiver outros fundamentos, além desses, há necessidade do depósito, não se aplicando o princípio da fungibilidade.

O agravo de instrumento somente será recebido no efeito devolutivo. Desse modo, não haverá suspensão do processo, consoante previsão do §2º do art. 897 da CLT. Não obstante, a jurisprudência tem admitido a propositura de medida cautelar inominada para suspensão da execução, quando há pendência de julgamento de agravo de instrumento interposto contra despacho que denega o seguimento ao agravo de petição, desde que presentes o *fumus boni juris* e o *preiculum in mora*.

Há orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho acerca do recurso que prevêm:

OJ 282 SDI-I. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE "AD QUEM" (DJ 11.08.2003)

No julgamento de Agravo de Instrumento, ao afastar o óbice apontado pelo TRT para o processamento do recurso de revista, pode o juízo "ad quem" prosseguir no exame dos demais pressupostos extrínsecos e intrínsecos do recurso de revista, mesmo que não apreciados pelo TRT."

283. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS ESSENCIAIS. TRASLADO REALIZADO PELO AGRAVADO. VALIDADE (DJ 11.08.2003)

É válido o traslado de peças essenciais efetuado pelo agravado, pois a regular formação do agravo incumbe às partes e não somente ao agravante.

284. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO. ETIQUETA ADESIVA IMPRESTÁVEL PARA AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE (cancelada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 217/2017 - DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017

A etiqueta adesiva na qual consta a expressão "no prazo" não se presta à aferição de tempestividade do recurso, pois sua finalidade é tão-somente servir de controle processual interno do TRT e sequer contém a assinatura do funcionário responsável por sua elaboração.

285. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. CARIMBO DO PROTOCOLO DO RECURSO ILEGÍVEL. INSERVÍVEL (cancelada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 217/2017 - DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017

O carimbo do protocolo da petição recursal constitui elemento indispensável para aferição da tempestividade do apelo, razão pela qual deverá estar legível, pois um dado ilegível é o mesmo que a inexistência do dado.

286. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. MANDATO TÁCITO. ATA DE AUDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO (alterada - Res. 167/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010)

I - A juntada da ata de audiência, em que consignada a presença do advogado, desde que não estivesse atuando com mandato expresso, torna dispensável a procuração deste, porque demonstrada a existência de mandato tácito.

II - Configurada a existência de mandato tácito fica suprida a irregularidade detectada no mandato expresso.

287. AUTENTICAÇÃO. DOCUMENTOS DISTINTOS. DESPACHO DENEGATÓRIO DO RECURSO DE REVISTA E CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO (cancelada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 - republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

Distintos os documentos contidos no verso e anverso, é necessária a autenticação de ambos os lados da cópia

Conforme art. 1º da Resolução Administrativa n. 1.4818/2010, o agravo de instrumento interposto de despacho que negar seguimento a recurso para o Tribunal Superior do Trabalho deve ser processado nos autos do recurso denegado, portanto em se tratando de recursos da competência do Tribunal Superior do Trabalho, o agravo de Instrumento deve ser processado nos próprios autos do processo, não havendo formação de instrumento.

É comum e recomendável que se proceda ao juízo de retratação no agravo, embora a CLT não exija, ou seja, uma vez interposto o agravo, deverá o juiz dizer se mantém ou não a decisão que trancou o processamento do recurso. Caso mantenha, deverá processar o agravo. Caso haja retratação, o agravo ficará prejudicado. Em razão de omissão da CLT e compatibilidade com os princípios de Processo do Trabalho, máxime da celeridade e efetividade, aplica-se ao mesmo (art. 769 CLT), o art. 1.018 do CPC que dispõe “se o juiz comunicar que

reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento”.

José Augusto Rodrigues Pinto<sup>6</sup> menciona “é muito própria (embora não exclusiva) do Agravo de Instrumento a faculdade aberta ao prolator da decisão interlocutória de voltar atrás do trancamento do recurso, no exercício do denominado juízo de retratação. Atualmente, pode ser exercido até ex officio, no momento em que seria ordenada sua remessa ao Tribunal ad quem”.

Caso o Recurso de Revista fosse admitido somente por um dos fundamentos invocados pelo recorrente, a jurisprudência do C. TST não permitiria a interposição de agravo de instrumento quanto ao fundamento não admitido, nesse sentido era a atualmente cancelada súmula 265

RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE PARCIAL PELO JUIZ-PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. EFEITO (cancelada a partir de 15 de abril de 2016) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. O fato de o juízo primeiro de admissibilidade do recurso de revista entendê-lo cabível apenas quanto a parte das matérias veiculadas não impede a apreciação integral pela Turma do Tribunal Superior do Trabalho, sendo imprópria a interposição de agravo de instrumento.

A referida sumula foi cancelada por meio da Resolução 205/16, direcionando entendimento no sentido de que se o recurso de revista for admitido por apenas um fundamento, cumpre à parte interpor Agravo de Instrumento quanto ao fundamento não admitido e, se o Tribunal Regional não enfrentou um dos fundamentos, cumpre à parte opor embargos de declaração e, posteriormente, o Agravo de Instrumento.

Nesse sentido dispõe a Instrução Normativo n. 40/16, *in verbis*:

Dispõe sobre o cabimento de agravo de instrumento em caso de admissibilidade parcial de recurso de revista no Tribunal Regional do Trabalho e dá outras providências.

Art. 1º Admitido apenas parcialmente o recurso de revista, constitui ônus da parte impugnar, mediante agravo de instrumento, o capítulo denegatório da decisão, sob pena de preclusão.

<sup>6</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Manual dos recursos nos dissídios do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 261.

§ 1º Se houver omissão no juízo de admissibilidade do recurso de revista quanto a um ou mais temas, é ônus da parte interpor embargos de declaração para o órgão prolator da decisão embargada supri-la (CPC, art. 1024, § 2º), sob pena de preclusão.

§ 2º Incorre em nulidade a decisão regional que se abster de exercer controle de admissibilidade sobre qualquer tema objeto de recurso de revista, não obstante interpostos embargos de declaração (CF/88, art. 93, inciso IX e § 1º do art. 489 do CPC de 2015).

§ 3º No caso do parágrafo anterior, sem prejuízo da nulidade, a recusa do

Presidente do Tribunal Regional do Trabalho a emitir juízo de admissibilidade sobre qualquer tema equivale à decisão denegatória. É ônus da parte, assim, após a intimação da decisão dos embargos de declaração, impugná-la mediante agravo de instrumento (CLT, art. 896, § 12), sob pena de preclusão.

§ 4º Faculta-se ao Ministro Relator, por decisão irrecorrível (CLT, art. 896, § 5º, por analogia), determinar a restituição do agravo de instrumento ao Presidente do Tribunal Regional do Trabalho de origem para que complemente o juízo de admissibilidade, desde que interpostos embargos de declaração.

Art. 2º Após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, subsiste o Incidente de Uniformização de Jurisprudência da CLT (art. 896, §§ 3º, 4º, 5º e 6º), observado o procedimento previsto no regimento interno do Tribunal Regional do Trabalho. Art. 3º A presente instrução normativa vigorará a partir de sua publicação, exceto o art. 1º, que vigorará a partir de 15 de abril de 2016.

### **3 DA (DES)NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DOS TEMAS OBJETO DO RECURSO PRINCIPAL**

A questão quanto a suposta renovação das matérias de fundo, ou seja, o mérito do recurso a que se pretende prosseguimento ainda é controvertida no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, conforme trecho de decisão:

De plano, verifica-se que a Recorrente não renova, na minuta de agravo de instrumento, os argumentos tecidos quanto aos temas objeto da revista, o que inviabiliza a análise das matérias (princípio tantum devolutum quantum appellatum).

Ora, deve a Agravante, além de impugnar os fundamentos da decisão agravada, expor as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido, nos termos do art. 1.016, III, do CPC/15.

Isso porque o agravo de instrumento constitui recurso autônomo e de fundamentação vinculada, incumbindo à Parte não só atacar os fundamentos da decisão denegatória, como também renovar as teses jurídicas e as violações, as contrariedades e as divergências jurisprudenciais veiculadas no apelo revisional, em atenção ao princípio da independência dos recursos. (AIRR-0011156-54.2013.5.01.0073 – Min Relator: Ives Gandra Martins Filho – publicado em 13/09/2018)

O Ministro Relator afirmou que a Recorrente não renova, na minuta de agravo de instrumento, os argumentos tecidos quanto aos temas objeto da revista, o que inviabiliza a análise das matérias. Por esse motivo, negou seguimento ao Agravo de Instrumento.

No entender do ora autor, foi olvidado pelo despacho ora em análise não ser necessário trazer à lume as matérias tratadas no Recurso de Revista, renovando-as no Agravo de Instrumento, porque as matérias tratadas no Recurso de Revista não foram objeto da decisão da douta Vice-Presidência do TRT que o inadmitiu.

Os precedentes do TST a seguir dão conta que, uma vez superado o óbice estabelecido no despacho agravado, que não foi objeto do recurso de revista, deve-se proceder o exame de admissibilidade quanto às demais questões tratadas no RR, independentemente da renovação dos argumentos em sede de agravo de instrumento, desde que constatada a presença dos demais requisitos extrínsecos da revista:

DESPACHO DENEGATÓRIO DE ADMISSIBILIDADE FUNDAMENTADO EM IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. ÓBICE AFASTADO. ANÁLISE DOS DEMAIS TEMAS SUSCITADOS NO APELO. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 282 DA SBDI-1 DO TST.

A embargante aponta omissão e contradição no acórdão prolatado por esta Turma. Sustenta que o despacho denegatório do recurso de revista foi fundamentado tão somente em suposta irregularidade de representação do apelo, o que foi devidamente impugnado pelo agravo de

instrumento. Assim, não cabe a exigência quanto à impugnação específica das matérias de mérito suscitadas no recurso de revista, sobre as quais não houve pronunciamento na decisão agravada. Requer atribuição de efeito modificativo. Aponta violação dos artigos 832 da CLT; 128 e 460 do CPC e 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal. Invoca a incidência das Súmulas nos 282 e 356 do STF e 297 do TST.

Esta colenda Turma acolheu a tese do agravo de instrumento interposto pela primeira reclamada (RIZAL CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA.) no que tange à regularidade de representação da Dra. Juliana Magalhães Assis Chami, subscritora do recurso de revista (fls. 1182/1191), ao constatar que esta possui poderes constituídos nos autos, conforme substabelecimento à fl. 1154 e procuração à fl. 292. Assim, afastou o óbice invocado pelo despacho denegatório (fls. 1237/1240) para a admissibilidade do apelo.

Nesse contexto, e já constatada a presença dos demais requisitos extrínsecos, tem-se por autorizada a análise dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista, independentemente da renovação dos argumentos em sede de agravo de instrumento.

A hipótese difere-se daquela em que se identifica no despacho denegatório a análise dos argumentos de mérito suscitados no recurso de revista, contra os quais deverá a parte, necessariamente, apresentar impugnação fundamentada no agravo de instrumento, situação alheia a dos presentes autos.

No presente caso, não houve pronunciamento no despacho denegatório quanto aos temas suscitados no recurso de revista e, por conseguinte, não há como se exigir impugnação específica no agravo de instrumento de matéria não examinada na decisão agravada.

Na espécie, exige-se, apenas, a impugnação do fundamento adotado no despacho denegatório. Essa é a diretriz que se extrai da Orientação Jurisprudencial nº 282 da SBDI-1 desta Corte:

[...]

Essa situação justifica o acolhimento dos presentes embargos de declaração para, suprimindo omissão, passar à análise dos pressupostos intrínsecos referente aos temas de mérito suscitados no recurso de revista.” (TST-ED-AIRR-342-52.2013.5.03.0129, julgado em 06/04/2016)

O art. 896, § 1º, da CLT determina que o Presidente do Tribunal Regional, prolator da primeira decisão de admissibilidade, poderá receber ou denegar o

recurso de revista, impondo como obrigação apenas a necessidade de fundamentação do entendimento adotado.

Logo, encontrando-se a decisão de admissibilidade do Eg. Regional fundamentada tão somente na suposta intempestividade da Revista, deve ser apenas este o objeto de insurgência do AIRR. O que ocorreu.

Nos termos das disposições contidas nos arts. 897, alínea “b”, da CLT e 1.016, inciso III, do CPC/15, a finalidade do agravo de instrumento é desconstituir os fundamentos do despacho pelo qual se denegou seguimento a recurso, sendo necessário, para tanto, que o agravante exponha, de maneira específica, os argumentos jurídicos necessários à demonstração do equívoco da decisão agravada.

Restando superado tal óbice, deve ser procedida a análise do Recurso de Revista diretamente pelo TST, não cabendo exigência de impugnação específica via AIRR das outras matérias suscitadas no RR, sobre as quais não houve pronunciamento na decisão da Vice-Presidência do TRT.

No Processo do Trabalho é consagrada a dupla análise dos pressupostos recursais inerentes à revista, sendo o juízo de admissibilidade exercido tanto pelo Tribunal Regional, quanto pela Corte ad quem.

Impondo-se o exame dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos da revista como dever da Corte Superior, por força de sua competência (tanto é que o TST não está vinculado à manifestação do juízo primeiro de admissibilidade, podendo ele mesmo soberanamente realizar a sua análise acerca dos pressupostos recursais do RR), tem-se que o TST pode e deve fazer a análise das matérias da Revista, em casos como o dos autos, mesmo não havendo renovação destas em sede de AIRR.

A hipótese difere-se daquela em que se identifica no despacho denegatório a análise dos argumentos de mérito suscitados no recurso de revista, contra os quais deverá a parte, necessariamente, apresentar impugnação fundamentada no agravo de instrumento, situação alheia a dos presentes autos.

Não se trata aqui de inobservância do princípio da delimitação recursal, ou de subverter o princípio da dialeticidade.

Isso porque no presente caso não houve pronunciamento no despacho denegatório acerca dos temas suscitados no Recurso de Revista e, por conseguinte, não há como se exigir impugnação específica no Agravo de Instrumento de matéria não examinada na decisão agravada.

Afastada a intempestividade, nada obsta que o C. TST julgue de imediato a lide, conforme a metodologia tratada no art. 1.013, § 4º, do novo CPC, aplicado analogicamente, que visa diminuir a atividade processual, reduzindo as idas e voltas do processo do juízo de um grau para outro, em razão dos princípios da finalidade e utilidade processuais, assim como os da economia e celeridade.

Diante de tudo isso, há necessidade, no caso, de averiguar se o Recurso de Revista é tempestivo. E, restando atendidos este e os demais pressupostos extrínsecos, deve-se passar à análise dos argumentos da Revista, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 282 da SBDI-1 do TST.

O correto, nessa hipótese, é exigir da Agravante tão somente a impugnação ao fundamento adotado no despacho denegatório, ou seja, à suposta intempestividade, não se podendo considerar desfundamentado o AIRR no caso, sob pena de violação aos princípios da inafastabilidade de jurisdição, do juiz natural e do respeito às regras objetivas de determinação de competência, do devido processo legal, do amplo direito de defesa e contraditório, da entrega da completa e devida prestação jurisdicional com celeridade e economia processuais – violação direta aos arts. 5º, XXXV, LIII, LIV, LV e LXXVIII, e 93, IX, da CF; 896, § 1º, 897, alínea “b”, da CLT; 1.013, § 4º e 1.016, inciso III, do CPC/2015; bem como contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 282 da SBDI-1 do TST.

#### **4 CONCLUSÃO**

O tema do Agravo de Instrumento, como recurso próprio, com a finalidade de processamento de recurso obstado na origem, ainda é objeto de



controvérsia quanto a sua forma e requisitos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

Na opinião do autor do presente artigo, possuindo o Agravo de Instrumento, em determinado caso, a única finalidade de “destrancar” um recurso principal, deveria ser requisitado ao mesmo unicamente o combate ao despacho denegatório proferido pelo juízo a quo.

Têm-se em vista que o atual ordenamento processual civil, bem como a justiça trabalhista, visa a celeridade e a efetividade dos atos, ou seja, causar uma nova reprodução dos argumentos despendidos no recurso principal, que será analisado no caso de provimento do Agravo, somente causará tautologia, posto inclusive que o mesmo constará anexado ao presente.

Peças processuais demasiadamente extensas, causam uma sobrecarga desnecessárias tanto às partes quanto ao poder judiciário, sendo uma nova reprodução dos argumentos chamados de mérito, despendidos no recurso que se pretende o processamento e futuramente analisado, um formalismo injustificável.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual de recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Manual dos recursos nos dissídios do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 11. ed. De acordo com Novo CPC – São Paulo: LTr, 2016.

# MATÉRIA PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO STJ: REEXAME x REVALORAÇÃO E A SÚMULA 07

*PROBATION MATTERS WITHIN THE SCOPE OF STJ:  
REVIEW x REVALORATION AND THE SUMMARY 07*

Juliana Falcão Macêdo Matos<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a importância da aplicação da súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial, avaliando as questões de fato e as de direito e como esses conceitos têm permitido a chamada *reavaliação* do conjunto probatório nesse momento processual em detrimento da competência constitucionalmente dada a este Tribunal, ressaltando a importância de não se desvincular das premissas que resultaram na elaboração do verbete.

**Palavras-chave:** Súmula 07. Reavaliação. Recurso especial.

## ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the importance of the application of the Superior Court of Justice's *summula* 07 in the scope of the Special Appeal, evaluating the issues of fact and those of law and how these concepts have allowed the so-called *revaluation* of the probative set at this procedural moment to the detriment of the jurisdiction constitutionality given to this Court, emphasizing the importance of not detaching itself from the premises that resulted in the elaboration of the entry.

**Keywords:** Summula 07. Revaluation. Special appeal.

---

<sup>1</sup> Pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal, bacharel em Direito e Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, aluna do curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Empresarial e Contratos do Centro Universitário de Brasília – ICDP, é advogada, com endereço profissional no Centro Empresarial Brasil 21 – SHS, quadra 06, bloco “A”, sala 904, Asa Sul – Brasília/DF, CEP: 70316-102 e endereço eletrônico em [julianafmmatos@gmail.com](mailto:julianafmmatos@gmail.com).

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa, em linhas gerais, apontar a problemática de questões probatórias em sede de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Embora exista expressa vedação, por meio do verbete de súmula 07 deste tribunal, ao reexame de provas em sede de Recurso Especial, cada vez mais tem havido decisões com carga valorativa da prova nesse momento processual.

Nesse diapasão, conquanto haja a distinção entre questões de fato e questões de direito para considerar o reexame e/ou a reavaliação do conjunto fático probatório, faz-se necessário ponderar até que ponto é possível avaliar apenas as questões da aplicação do direito à norma, sem considerar os fatos e as provas constantes nos autos. Por mais que a distinção entre um e outro pareça relativamente simples, não se evidencia tão viável quando se aproxima o olhar.

Portanto, será feita uma breve exposição dos conceitos julgados mais relevantes para entender a demanda aqui proposta, seguido da instigação ao pensamento crítico acerca da possibilidade de realmente se dissociar as questões de fato, daquelas de direito, sem revolver o acervo probatório e a matéria fática presente nos autos.

## 2 DO RECURSO ESPECIAL

O Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é fruto da divisão das hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (STF), onde se impugnava decisões judiciais por violação à Constituição e à lei federal. Com a criação do STJ, na Constituição Federal de 1988, este passou a ser responsável por recursos que tratassem de matéria relacionada à violação de lei federal, e, assim, coube ao STF analisar apenas as violações à constituição. As hipóteses de cabimento destes recursos estão previstas nos artigos 102, III e 105, III, CF/88, sendo que eles têm por característica marcante a fundamentação vinculada e o fato de que não se

prestam a reexame de provas ou fatos, são recursos estritamente de direito<sup>2</sup>. Todavia, no presente trabalho o foco será a questão da prova no âmbito do Recurso Especial para o STJ.

O enunciado da súmula 07 do Tribunal Superior é claro ao afirmar que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Este entendimento balizou por muito tempo a conduta do Tribunal, todavia, julgamentos mais recentes têm relativizado essa premissa, trazendo para o âmbito do STJ, questões probatórias sob a camuflagem do que é chamado de reavaliação da prova.

Importa frisar, no que concerne aos recursos excepcionais, que não se tratam de um terceiro grau de jurisdição. Não são recursos que propiciam mero reexame da matéria já decidida, possuem fundamentação vinculada e tutelam o direito objetivo, garantindo a efetividade e a uniformidade da interpretação do direito, de âmbito federal e constitucional. Para interpô-los é necessário esgotar os recursos ordinários. Eles não se prestam meramente a corrigir injustiças derivadas de inadequada avaliação dos fatos da causa ou má apreciação de provas. Portanto, não podem ser usados para pleitear revisão da matéria de fato, uma vez que os tribunais superiores aceitam a versão dos fatos dada pelo juízo *a quo* e a partir daí examinam o mérito do recuso, que deverá sempre tratar de violação à constituição ou a dispositivo de lei federal, no caso do Recurso Especial<sup>3</sup>.

Portanto, é através de uma análise objetiva do direito, posto na petição do Recurso Especial, em relação ao acórdão vergastado, buscando constatar se ele está ou não sendo aplicado ao caso concreto ali relatado, sem que seja possível revolver a matéria probatória ou analisar os fatos descritos, que os Ministros da Corte Superior irão aplicar a norma de maneira objetiva. Todavia,

<sup>2</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 352.

<sup>3</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 760-761.

parece óbvio que o magistrado inevitavelmente irá recorrer aos fatos para realizar a tarefa de aplicar a norma.

### 3 QUESTÕES DE FATO X QUESTÕES DE DIREITO

Para proporcionar um melhor entendimento da sistemática de apreciação do Recurso Especial, principalmente no que concerne às provas produzidas nos autos no decorrer da demanda, é imperativo trazer a diferença entre as questões de fato e as de direito, uma vez que no âmbito dos Recursos Extraordinários, apenas é possível a apreciação das questões de direito. E, nessa senda, a problemática gira em torno da possibilidade de se apreciar uma sem levar em consideração a outra.

A doutrina de Didier traz uma relevante distinção quando afirma que, fato e norma são elementos essenciais ao fenômeno jurídico, a eficácia jurídica surge com a incidência da hipótese normativa, no suporte fático concreto. Na formação de qualquer lide processual, devem estar descritos os fatos e o enquadramento jurídico daquilo que se pleiteia. Assim, o julgador, para aplicar a norma, deverá examinar as questões de fato e as de direito. Pelo critério distintivo, será fática a questão que terá por objeto um fato e jurídica aquela que tiver por objeto uma norma, um fato ou efeito jurídico. Já pelo critério funcional, considera-se questão de fato aquela relacionada aos pressupostos fáticos de incidência, e de direito, aquelas relacionadas à subsunção do fato à norma jurídica<sup>4</sup>.

Nesse diapasão, importa salientar que as questões de direito podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, uma vez que ele não fica adstrito à iniciativa da parte para saber qual norma aplicar. Já as questões de fato, em sua maioria, como as relacionadas a causa de pedir, não podem ser reconhecidas pelo juiz sem que haja a provocação das partes. As questões de direito não se submetem à preclusão, ao passo que as de fato, na maioria das vezes se sujeitam a ela. E o elemento que mais nos interessa aqui é o fato de que o Recurso Especial para o

---

<sup>4</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 497-498.

STJ somente pode ter por objeto de julgamento uma questão de direito, uma vez que as questões de fato compõem o objeto da prova e as de direito, não requerem prova<sup>5</sup>. E, portanto, a análise das questões de fato encontraria óbice na súmula 07 daquele Tribunal.

A jurisprudência formada pelo Superior Tribunal de Justiça corrobora ao exposto, nos seguintes termos,

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO. O fato insuscetível de reexame no âmbito do recurso especial é aquele que foi transposto da realidade para o processo mediante a produção de provas; a percepção que a instância ordinária teve dessas provas não pode ser alterada no âmbito do recurso especial. Outra é a situação quando o thema decidendum tem a ver com os atos judiciais, sejam das partes, seja do juiz ou de auxiliares seus (v.g., cartorários, oficial de justiça); são atos do próprio processo judicial, sujeitos ao crivo do Superior Tribunal de Justiça quando este julga o recurso especial. A interpretação da sentença, que é um ato do processo, constitui questão de direito que pode ser dirimida na via do recurso especial. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 909286 PR 2006/0270989-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 07/08/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/11/2008)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA. VETOR CONSEQUENCIAS. TRANSTORNO CAUSADO AO FILHO DA VÍTIMA. PREEXISTÊNCIA.

PRETENSÃO RECURSAL FUNDADA EM QUESTÃO DE FATO.

REEXAME DE PROVA. SUMULA Nº 7/STJ. 1. Não compete a esta

Corte Superior de Justiça, que não constitui instância revisora, alterar os pressupostos fáticos tomados no julgamento da causa para acolher alegações acerca de matéria de fato controvertida mediante o reexame do acervo fático-probatório dos autos, nos termos do que preceitua o enunciado 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. 2. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 1694852 DF 2017/0230947-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data

<sup>5</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 498

de Julgamento: 19/10/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/10/2017) (grifo nosso)

Sendo assim, fica claro que as questões que podem ser suscitadas e atendidas pelo STJ, em sede de recurso especial, são aquelas que representam o direito objetivamente analisado, a aplicação deste ao caso concreto, não havendo espaço para se analisar o acervo fático probatório de modo a constatar determinado fato. No âmbito do recurso especial, o ministro vai se valer daquilo que já foi delineado pelo juízo *a quo* e constatar se a norma foi aplicada de maneira correta, lhe sendo defeso examinar fatos e provas.

#### 4 REEXAME X REVALORAÇÃO

Nos julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça encontram-se decisões que remetem à possibilidade de apreciação da prova, através da chamada *reavaliação*, em sede de Recurso Especial, afastando-se o óbice da súmula 07. Nesse sentido, é importante trazer uma breve diferenciação quanto aos conceitos de *reexame* e *reavaliação*, de modo que seja menos complexo entender como se dá a consideração do conjunto probatório nesse momento processual.

A toda evidência, a máxima que aduz não ter cabimento recurso extraordinário para simples reexame de prova decorre do fato de que esse pleito não se encaixa em nenhuma das hipóteses de cabimento dada pela legislação vigente. Todavia, considera-se a possibilidade de levantar questões probatórias em Recurso Especial quando se tratar de violação às normas de direito probatório, notadamente quando dizem respeito à valoração e à admissibilidade da prova<sup>6</sup>.

Para que o Recurso Especial seja admitido não pode conter nele a intenção de desfazer a afirmação contida no acórdão recorrido, pois para isso seria necessário rever fatos e/ou provas. Para que se dê a reavaliação de que

---

<sup>6</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 353.

trata o presente trabalho, o recurso deve valer-se das próprias premissas contidas no acórdão recorrido. O recurso especial não pode afirmar que determinada assertiva está errada e reportar-se a um documento presente nos autos, pois isso configuraria reexame de provas e/ou de fatos, o que não é permitido. Se houver necessidade de reportar-se a algum documento ou fato ali não retratado, vai incidir a súmula 07 do STJ, e, conseqüentemente o recurso não será admitido<sup>7</sup>.

É o que pode se extrair também do precedente do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que afirma,

Dessa forma, verifica-se, **com esteio no substrato fático-probatório constante no voto condutor do acórdão recorrido**, que o consumidor diligenciara na tentativa de solucionar os defeitos existentes no veículo novo, permanecendo, contudo, a inadequação do sistema elétrico dos vidros, ocasionando, inclusive, a entrada de água no automóvel, além da confirmação pericial de terem sido utilizados componentes não originais (fls. 476/477). Logo, tenho que o caso revela mais do que mero dissabor ou aborrecimento com dificuldades ínsitas às relações consumeristas, configurando-se inequívoco dano moral, a ensejar, portanto, reparação pela via pecuniária. Ressalto, **com esteio na jurisprudência deste Superior Tribunal, ser a reavaliação do acervo fático-probatório permitida em sede de Recurso Especial quando precisamente delineadas as circunstâncias fáticas e o arcabouço probatório nos votos instrutores do acórdão impugnado, o que afasta o óbice do Enunciado n. 7/STJ** (AgRg no REsp 1199086/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 30/08/2011 e REsp 785.777/MA, Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Terceira Turma, DJe 06/08/2010). Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto. (STJ - AgRg no REsp: 1159867 MG 2009/0204479-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 08/05/2012, T3 - TERCEIRA

TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2012)

O mesmo pode ser extraído de outros julgados do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo,

<sup>7</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 354.



A reavaliação probatória pelo Superior Tribunal de Justiça não fere o disposto na Súmula n. 7/STJ porquanto não se equipara ao reexame das circunstâncias fáticas" (EDcl no REsp 1.202.521/RS, Rel. Ministro João

Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 25.11.2014, DJe 12.12.2014).

A solução da controvérsia não exigiu o revolvimento do material cognitivo produzido nos autos - providência realmente vedada, em sede de Recurso Especial, pela Súmula n. 7 do STJ -, mas apenas a reavaliação dos fatos exaustivamente descritos pelas instâncias ordinárias" (AgRg no REsp 1434027/PR, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 20.5.2014, DJe 5.6.2014).

Note-se que a análise destas premissas não implicam no revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos, uma vez que, tão somente, foi realizada reavaliação da prova, o o que é permitido na via recursal sem que haja a incidência da Súmula 7/STJ. Neste sentido, o seguintes precedente: REsp 1264894/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1.9.2011, DJe 9.9.2011" (REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20.6.2013, DJe 28.6.2013).

"A simples reavaliação dos critérios jurídicos utilizados pelo Tribunal de origem na apreciação dos fatos incontroversos não encontra óbice na Súmula 7/STJ." (AgRg no AREsp 19.719/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 30.9.2011) "Tendo a Corte de origem descrito toda a situação fática para uma nova valoração jurídica, torna-se desnecessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, não sendo o caso de se aplicar o óbice da Súmula 7/STJ. (REsp 1.211.952/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro

Meira, DJe de 25.3.2011)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INVASÃO DE ÁREA PARTICULAR. LOTEAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DO APOSSAMENTO E CONDUTA POSITIVA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REEXAME E REVALORAÇÃO DE PROVAS. DIFERENÇAS. OBJETO DO FEITO 1.

[...]

**Tendo por base esse cenário, entendo que o STJ pode fazer uma reavaliação do quadro probatório já posto para qualificá-lo juridicamente. Não se trata de reexaminar o acervo de provas.**

É o caso de rememorarmos a conhecida dicotomia: **reexame de provas x reavaliação probatória**. Esta Corte reconhece há tempos a diferença entre ambas as situações. Na reavaliação, este Tribunal parte do que já foi estabelecido no julgamento a quo, sem revolver as provas. Faz apenas a qualificação jurídica do que está descrito no acórdão recorrido a respeito do material probante. No reexame de matéria fática, há necessidade de se verificar se as conclusões a que chegaram os julgadores do Tribunal de Apelação estão embasadas nas provas produzidas nos autos. Sobre o assunto, confira-se: a) EDcl no REsp 1.202.521/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 25.11.2014, DJe 12.12.2014; b) AgRg no REsp 1.434.027/PR, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 20.5.2014, DJe 5.6.2014; c)

REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20.6.2013, DJe 28.6.2013; d) AgRg no AREsp 19.719/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 30.9.2011; e e) REsp 1.211.952/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 25.3.2011.

Fixadas essas premissas, deve-se entender que, embora o Tribunal a quo tenha dito que havia material probatório suficiente para autorizar o reconhecimento do direito indenizatório (desapropriação indireta), a questão é que os fatos listados merecem diversa qualificação jurídica por parte do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que aquele quadro seja ajustado à orientação do STJ. E mais, não há ali, a partir do que decide esta Corte, nenhuma indicação específica de que o Estado do Maranhão tivesse contribuído ativamente para a invasão em si.

Diante disso, a brilhante decisão monocrática do Min. Humberto Martins, mantida por esta Segunda Turma, **além de apenas revalorar a prova**, nada mais fez que ajustar o delineamento probatório declinado no acórdão do TJMA à orientação deste Colegiado.

AQUISIÇÃO POSTERIOR À INVASÃO: PRÉVIO CONHECIMENTO DE

LITÍGIO A RESPEITO DO BEM 16. Como já explicitado no tópico "Objeto do Feito", este processo tem ainda um ponto característico que merece ser ressaltado. A embargante (Setran Empreendimentos Ltda.) adquiriu da empresa C. O.

Aragão o terreno três anos após o desapossamento, quando já existia Ação Possessória ajuizada pelo proprietário original contra os invasores.

[...]

CONCLUSÃO 20. Assim sendo, a decisão monocrática e o acórdão que negou provimento ao Agravo Regimental devem ser mantidos.

21. Embargos de Declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 18.092/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA

TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 16/11/2015)

Portanto, é necessário que a base de todo o fundamento da reavaliação da prova esteja contida nas razões do acórdão recorrido. Pois, a reavaliação do acervo fático probatório, permitida pelo Superior Tribunal de Justiça, necessita que as circunstâncias fáticas e as provas estejam perfeitamente delineadas no acórdão impugnado, para assim afastar a incidência da súmula 07. Assim, com esteio naquilo que já consta no acórdão o STJ poderia realizar uma reavaliação do quadro probatório já posto para qualificá-lo juridicamente na norma objetivamente posta.

Não cabe voltar ao conjunto probatório dos autos, para constatar se aquilo que está dito no acórdão está de acordo com determinada prova, como já mencionado anteriormente, o Ministro vai aceitar as razões de decidir do juízo *a quo* e a partir daí analisar a correta aplicação da norma, portanto analisado apenas as questões de direito.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conjunto fático probatório constante nos autos dos processos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça deve, pelo menos na teoria, ser ignorado pelo Ministro desta Corte no momento de julgar o Recurso Especial. Aquilo que foi decidido e concluído pelo juízo *a quo*, no acórdão recorrido, vai ser o ponto de partida para a análise do caso concreto, sendo suficiente para o Magistrado formar sua convicção de que a norma foi ou não aplicada de maneira adequada, sem violar a lei federal vigente.

Portanto, apenas as chamadas questões de direito podem ser levantadas e discutidas nessa instância extraordinária. As questões de fato e aquelas relacionadas às provas constantes nos autos não são passíveis de análise, como

já dito anteriormente. Todavia, a questão gera polêmica quando analisada de maneira minuciosa, pois separar e diferenciar uma da outra é tarefa árdua, uma vez que elas se complementam ou até mesmo se misturam, o que acaba por colocar em xeque a capacidade do julgador de olhar friamente para o processo e aplicar o direito de forma objetiva.

A matéria que de fato encontraria óbice na súmula 07 do STJ, fica extremamente relativizada, e o poder de decisão do magistrado acaba por extravasar a competência a que se propõe o Superior Tribunal de Justiça, uma vez que os conceitos de reexame e reavaliação, questões de fato e questões de direito, acabam podendo ser relativizados a depender do interesse constante no caso concreto, criando uma possível lacuna na súmula para extrapolar a competência Tribunal Superior.

Sendo assim, é necessário voltar-se à raiz da problemática que ensejou a criação da súmula 07 e fortalecer suas premissas permitindo que o papel do Tribunal Superior, no âmbito do recurso especial, se restrinja à guarda e uniformização da lei federal de maneira objetiva, sem que se preste a desconstituir questões decididas em último grau pelos tribunais, e que não são passíveis de revisão pelo STJ uma vez que não se trata de uma terceira instância revisora. Há que se atentar à finalidade dada expressamente a este tribunal pela Constituição Federal de 1988 e mantê-la incólume.

## REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisdição ao precedente. São Paulo: Ed. RT, 2013.

TRENTO, Simone. **Cortes supremas diante da prova.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A PARTIR DA EDIÇÃO DO ARTIGO 1.033 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE FROM THE ISSUE OF ARTICLE 1.033 OF THE NEW CIVIL PROCESS CODE*

Fernando Gomes de Paula<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Recurso Especial, exercer o controle difuso de constitucionalidade de lei federal, após a inovação trazida pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, em que o STJ poderá julgar a questão constitucional em sede de recurso especial quando a ofensa for meramente reflexa à Constituição. Para tanto, foram analisadas as funções constitucionais atribuídas ao Recurso Especial, passando por uma breve análise sobre o controle difuso de constitucionalidade pelo STJ e sobre as mudanças realizadas pelo novo código de processo civil, para então traçarmos breves conclusões sobre a aplicação da lei ao caso concreto no julgamento do REsp 1.668.984/RS.

**Palavras-chave:** Special resource. Control of constitutionality. Article 1.033 of the CPC.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to study the possibility of the Superior Court of Justice, in the scope of the Special Appeal, to exercise diffuse control of constitutionality of federal law, following the innovation brought by the Code of Civil Procedure of 2015, in which the STJ may judge the constitutional question in a special appeal where the offense is merely a reflection of the Constitution. In order to do so, we analyzed the constitutional functions attributed to the Special Appeal, passing through a brief analysis on the diffuse control of constitutionality by the STJ and on the changes made by the new civil procedure code, to then draw brief conclusions on the application of the law to the case concrete in the judgment of REsp 1,668,984 / RS.

**Keywords:** Democratic state. Judicial activism. State of exception.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Advogado. Aluno de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: fernando@gomesdepaula.adv.br

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas enfrentados por advogados e partes que buscavam a tutela jurisdicional excepcional por intermédio dos Recursos Especial e Extraordinário durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, era o declínio de competência das cortes superiores para julgarem as matérias de sua competência na existência de recursos simultâneos, nos casos em que o STJ deixava de julgar o Recurso Especial por entender ser a matéria de mérito de caráter constitucional e o STF, por sua vez, deixar de se manifestar no Recurso Extraordinário ao entendimento de que a ofensa à Constituição Federal, caso houvesse, essa se daria de forma reflexa.

Tal situação trazia diversos transtornos aos envolvidos e, principalmente, a sensação de impotência do jurisdicionado que, mesmo amparado pela Constituição da República – artigos 102, III, “a” e 105, III, “a” –, era forçado a se conformar com a posição dos tribunais de segunda instância como definitivas, ainda que, ao seu entender, houvesse *erro in judicando* por elas perpetrados que seriam passíveis de revisão pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a promulgação do novo CPC, buscou-se resolver esta questão, seja pela aplicação do princípio da fungibilidade (nos casos de interposição única de REsp ou RE), seja pela autorização legal concedida ao STJ para julgamento do Recurso Extraordinário convertido em Especial nos casos em que o STF considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no aludido recurso.

Porém, a discussão que surge em decorrência dessa inovação legal é sobre a possibilidade/constitucionalidade do eventual controle incidental de constitucionalidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. A nova legislação processualista civil apresentar essa previsão, dificilmente colocará fim ao debate. Porém, evidencia a vontade do legislador pelo amplo efeito devolutivo ao recuso extraordinário e ao recurso especial.

Neste sentido, analisaremos os efeitos práticos dessa alteração do Código de Processo Civil a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.668.984/RS,

que ainda aguarda análise da Primeira Seção do STJ a partir da conversão do Recurso Extraordinário em Especial pelo STF por considerar reflexa a ofensa à Constituição afirmada no RE.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO ATRIBUÍDA AO RECURSO ESPECIAL PELA CONSTITUIÇÃO

O recurso especial é tratado como valioso instrumento para proteção da integridade e uniformidade no sistema de integração da legislação infraconstitucional, sendo o remédio que viabiliza o Superior Tribunal de Justiça como defensor do direito federal.

Nesse viés, a justiça ordinária, ou comum, que é administrada pelos Estado-membros, vem aplicando o direito federal na maioria dos seus casos de sua competência. No entanto, não há somente a matéria de direito material regulada na análise de via do recurso especial que é tratada como vício de juízo (*error in iudicando*), mas também o direito processual, ou chamado erro de atividade (*error in procedendo*), que, por sinal, são cometidos aos milhares tanto na Justiça Federal quanto na Justiça Comum.

Ambos os erros mencionados constituem matéria apropriada para a interposição do recurso especial. Com essa percepção, entende-se o surgimento da crise que agora é do Superior Tribunal de Justiça, e isso advém das numerosas questões federais apresentadas em cada processo, provocando, assim, o surgimento de uma solução, no qual foi apresentado o regime dos recursos especiais repetitivos.

Antes de tratarmos do Controle Difuso de Constitucionalidade, convém trazer à lume a posição de um de seus maiores críticos. Para Kelsen (2007) a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição. O jurista austríaco, ao discorrer sobre a reforma constitucional da Áustria de 1920, informa que não se considerou desejável garantir a toda corte judiciária o poder ilimitado de se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis, ante o risco de falta de uniformidade em



questões constitucionais. Por tal razão, Kelsen reputa como altamente recomendável uma centralização da revisão judicial da legislação no interesse da autoridade da Constituição.

De outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil adota, expressamente, o controle difuso de constitucionalidade atribuído a todo órgão do Poder Judiciário. No caso do Superior Tribunal de Justiça, não é diferente. Conforme o art. 97 da Constituição Federal, pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte Especial do STJ, poderia esta Corte Superior pronunciar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Segundo a jurisprudência pacífica do próprio STF, abrandou-se os rigores do art. 97 da *Lex Legum*, pois com o julgamento pelo STF ou pelo pleno do Tribunal ou do órgão especial sobre a matéria, poderá o órgão fracionário (no caso do STJ seriam as Turmas e as Seções) pronunciar, desde logo, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Entretanto, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 105 da Constituição Federal, positivou na sessão de julgamento realizada em 18/04/2001<sup>2</sup>, por maioria, o entendimento de que “não dispõe do contencioso constitucional” quando julga recurso especial.

O propósito de garantir a autoridade da lei federal infraconstitucional ou constitucional não diz nada quanto à natureza da corte, pois tanto a de revisão quanto à de rescisão podem sustentar esta finalidade. A diferença, à vista disso, reside no trabalho a ser encetado posteriormente ao reconhecimento do erro da decisão atacada; se o órgão procede à devolução do processo ao juízo recorrido ou se prossegue no enfrentamento das questões necessárias à adequação do pronunciamento sobre o mérito, agora corrigido em face da lei ou da Constituição.

Com o surgimento do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal deixou de ser o órgão competente para apreciar os acórdãos violadores

---

<sup>2</sup> AI no **REsp 215881/PR**; Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO; Relator(a) p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES; Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL; Data do Julgamento 18/04/2001; Data da Publicação/Fonte DJ 08/04/2002, p. 111.

da lei federal infraconstitucional. Tal missão é hoje, com exclusividade na tela excepcional, desempenhada pela novel Corte, competência que se extrai do art. 105, III, da Constituição Federal.

O recurso especial, além de preservar a integralidade do direito federal, seria o mecanismo necessário para garantir a uniformidade da interpretação da legislação infraconstitucional na atuação dos tribunais locais e regionais. Sob esse aspecto, o recurso especial não tem primordialmente o interesse de fazer justiça no caso concreto, mas de assegurar a observância das leis e regular a jurisprudência.

O próprio art. 105, III, da Constituição não deixa dúvidas quanto à função do recurso especial e, por consequência, do Superior Tribunal de Justiça quando o aprecia. De acordo com o texto legal, compete à Corte “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, (b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou, ainda, (c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

Isso nada mais significa dizer que, no juízo de mérito do Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça poderá julgar a causa, aplicando o direito à espécie. Uma questão que sempre se mostrou tormentosa, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, diz respeito à possibilidade, ou não, de a Corte, no desempenho de tal atividade, realizar, assim como todo e qualquer ato judicial, o contraste de norma inferior em face da Constituição Federal como caminho indivíduo para o julgamento da causa.

### **3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A cisão, em via recursal excepcional, de competências das Cortes, decorrente da criação do Superior Tribunal de Justiça, tormentosas dúvidas

sobre possibilidade deste, em Recurso Especial, exercer o controle de constitucionalidade por via difusa<sup>3</sup>.

Por serem, os Recursos Extraordinário e Especial, recursos de fundamentação vinculada – aqueles cujas razões de inconformismo são tão-só as previamente valoradas e tipificadas pelo legislador<sup>45</sup> –, a falta de previsão, nas hipóteses de cabimento do Recurso Especial, da violação direta à Constituição, ao que parece, para certa parte da doutrina, impede o exercício do controle de constitucionalidade difuso por parte daquela Corte, ficando tal missão reservada apenas ao Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário.

Há quem defenda, dessa forma, que as limitações referentes à fundamentação vinculada do Recurso Especial não são relevantes apenas na apreciação de sua admissibilidade, mas estendem-se ao seu julgamento de mérito, sendo defeso ao Superior Tribunal de Justiça realizar o controle difuso de constitucionalidade, quando da aplicação do direito à espécie.

Como se depreende da atual sistemática recursal, há casos em que simplesmente inexistente interesse no manejo do Recurso Extraordinário, ainda que exista debate acerca de questão constitucional.

A proposição pode ser claramente visualizada quando existirem dois fundamentos para um mesmo pedido, um constitucional e o outro infraconstitucional. A título ilustrativo: numa demanda, há alegação que determinado tributo é, ao mesmo tempo, inconstitucional e ilegal. A parte vence, tendo seu pleito julgado procedente com esteio na ilegalidade do tributo, sequer se passando a análise de sua inconstitucionalidade, porque prescindível, já que o fundamento infraconstitucional, por si só, sustenta a procedência do pedido.

<sup>3</sup> BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Reflexos da repercussão geral no sistema de interposição conjunta do recurso extraordinário e do recurso especial e a sugestão para o problema. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158, p. 161-188, 2008.

<sup>4</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

Aqui, importa destacar a sutil, mas importante, inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 1.034 do CPC/2015, segundo o qual

Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

Percebe-se, na situação apresentada, que, quando do julgamento do recurso interposto, por óbvio, pela parte sucumbente, haverá a devolução de todos os demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado. Logo, ante essa ampla devolução no plano da profundidade, em sendo afastada a tese de ilegalidade do tributo, passar-se-á, obrigatoriamente, à análise da inconstitucionalidade, exercendo o Superior Tribunal de Justiça, indubitavelmente, o controle de constitucionalidade.

Quando, porém, o acórdão se assentar em fundamentos constitucional e infraconstitucional, suficientes, por si só, para manter a decisão, o recorrente deverá, necessariamente, se insurgir contra ambos os fundamentos, cada qual no recurso cabível. Aí, sim, haverá interesse em recorrer extraordinariamente. Tampouco se prestará à análise quando o recorrente embasa, no Recurso Especial, o pedido de revisão ou cassação da decisão impugnada em fundamento constitucional.

Neste sentido, o artigo 1.033 do CPC, define que se

O Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

Em face da controvérsia do Superior Tribunal de Justiça conhecer em sede de recurso especial matéria de ordem constitucional, ressalta a possibilidade ou não de instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade perante o recurso especial.

Assim, surge a controvérsia quando a Corte Superior de Justiça é chamada a analisar se a violação a determinada lei federal infraconstitucional que fundou o recurso especial é constitucional ou inconstitucional.

Por mais que questões constitucionais possam ser levantadas pela parte recorrida, não caberá ao autor do recurso especial trazer tais matérias na fundamentação do pedido de reforma da decisão.

#### 4 REFLEXÕES A RESPEITO DA MUDANÇA PROCLAMADA PELO ARTIGO 1.033 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A difícil convivência entre os recursos excepcionais, extraordinário e especial tem gerado preocupação no âmbito das duas Cortes de superposição do Poder Judiciário, no meio jurídico e consequentemente chegou ao legislador infraconstitucional.

Esse alerta ganha relevância em razão de os dois Tribunais de cúpula não terem bem definido o que seria matéria constitucional ou infraconstitucional, causando a divergência que pode gerar grandes prejuízos aos jurisdicionados.

Observe-se que não existem problemas quando o Superior Tribunal de Justiça decide que a matéria é infraconstitucional e confirmada a constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, tem-se a interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário porque existe a dúvida quanto à matéria a ser discutida.<sup>6</sup>

No entanto, se o Superior Tribunal de Justiça der provimento ao recurso especial, provavelmente o Supremo Tribunal Federal declarará o recurso extraordinário como prejudicado. Exceto, quando o Supremo Tribunal Federal vê a questão como constitucional e tenha jurisprudência que contrarie o acórdão do recurso especial. Diante disso, o vencido no Superior Tribunal de Justiça, recorrerá ao Supremo para que o acórdão da Corte Superior de Justiça seja reformado.

Todavia, a situação enche de gravidade quando existe a interposição simultânea dos recursos excepcionais e, o Superior Tribunal de Justiça não conhece o recurso especial por entender que a matéria é constitucional. Em

---

<sup>6</sup> MENDES, Leonardo Castanho. **O recurso especial:** e o controle difuso de constitucionalidade. São Paulo: RT, 2006. p. 217.

seguida, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário, segue o entendimento do STJ, afirmando que trata de matéria constitucional e decide a questão com base na Constituição Federal.

Veja-se a situação quando o recurso extraordinário não foi interposto juntamente com o recurso especial cuja natureza constitucional ficou estabelecida pelo acórdão que não reconheceu o recurso especial. Nessa hipótese, a violação a norma constitucional não pode ser apreciada pela Suprema Corte.

Essas são as linhas gerais para compreender a solução trazida pelo legislador infraconstitucional quando estabeleceu o dispositivo do artigo 1.033 da Lei nº 13.105/2015.

O artigo 1.033 da nova lei processualista civil trata de ofensa reflexa à norma constitucional, no qual pressupõe-se a revisão de interpretação de lei federal ou tratado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em julgamento do recurso especial.

Esse dispositivo consolida a competência do Superior Tribunal de Justiça na apreciação de recurso especial que tenha um mero indício de questão constitucional. Com isso, o Supremo Tribunal Federal entendendo ser reflexa a ofensa à norma constitucional em recurso extraordinário, remeterá ao STJ para que aprecie e julgue em sede de recurso especial.<sup>7</sup>

Assim, ressalta-se que este mesmo dispositivo reforça a competência da Suprema Corte quando a ofensa é direta à norma constitucional. Em outras palavras, ocorrerá a ofensa direta quando ela recair sobre o próprio texto constitucional, por mais que tenha sido violada uma lei federal.

A Suprema Corte firmou o entendimento de que, nos casos de ofensa reflexa ou indireta à norma constitucional, não caberia o recurso extraordinário por não haver repercussão geral. Na verdade, não é devido à falta de repercussão geral, mas sim, porque a matéria não é constitucional.

---

<sup>7</sup> ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 887-191.

Reforça, de certa maneira, o cabimento da conversão do recurso extraordinário em recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal, como estabelece o artigo 1.033 do Código de Processo Civil de 2015.

## 5 ANÁLISE DO RESP 1.668.984/RS

A fim de vermos a aplicabilidade prática das reflexões trazidas até aqui, é interessante vermos como a aplicabilidade do artigo 1.033 do CPC se deu/se dá em um caso concreto.

No caso que deu origem à interposição do Recurso Especial 1.668.994, observamos que houve a interposição simultânea de RE e REsp contra o acórdão que negou a aplicação do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria de professor ao entendimento da inconstitucionalidade do inciso I do art. 29 da Lei nº 8.213/91, sem redução de texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, com redução de texto, em relação aos professores que atuam na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Inicialmente, o relator, Ministro Herman Benjamin, proferiu decisão monocrática para dar provimento ao Recurso Especial do INSS ao argumento de incidir o fator previdenciário no cálculo do salário de benefício da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição de professor quando o segurado não tiver tempo suficiente para a concessão do benefício anteriormente à edição da Lei 9.876/99, como no presente caso, em que a parte autora teve o seu benefício concedido em 2/6/2007, já na vigência da Lei nº 9.876/99.

Ou seja, vimos que o posicionamento inicial do Ministro relator foi de analisar tão somente a alegada violação a dispositivo de Lei Federal.

Interposto agravo interno pela parte sucumbente, o relator houve por reconhecer o argumento constitucional do acórdão recorrido, porquanto todas as questões suscitadas pelo recorrente tinham como supedâneo a análise da inconstitucionalidade do inciso I do art. 29 da Lei 8.213/1991, sem redução do

texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo adotado pelo tribunal *a quo*, entendendo não caber ao “Superior Tribunal de Justiça manifestar-se sobre a *vexata quaestio*, que trata de análise de matéria constitucional, que é da competência do Supremo Tribunal Federal”, determinando o consequente processamento do Recurso Extraordinário e envio ao STF.

O STF, por sua vez, ao entender que a matéria levada à análise daquela corte se tratava de ofensa reflexa à Constituição Federal, determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, conforme o disposto no art. 1.033 do CPC, para julgamento como se Recurso Especial fosse.

No momento não temos condições de determinar o posicionamento do STJ sobre sua competência para o controle difuso da constitucionalidade levada à baila, em razão de o Recurso Especial ter sido afetado à Primeira Seção pelo relator por se tratar de um *leading case*.

## 6 CONCLUSÃO

Vimos que o legislador infraconstitucional deu um importante passo no sentido de solucionar um dos grandes problemas enfrentados por advogados e partes que buscavam a tutela jurisdicional excepcional por intermédio dos Recursos Especial e Extraordinário durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, no que tange ao declínio de competência das cortes superiores para julgarem as matérias de sua competência na existência de recursos simultâneos, nos casos em que o STJ deixava de julgar o Recurso Especial por entender ser a matéria de mérito de caráter constitucional e o STF, por sua vez, deixar de se manifestar no Recurso Extraordinário ao entendimento de que a ofensa à Constituição Federal, caso houvesse, essa se daria de forma reflexa.

No entanto, ao assim proceder, pode ter desencadeado uma outra e importante discussão acerca da competência do STJ para declarar a inconstitucionalidade de lei por órgão fracionário, o que poderá, ao final, gerar grande conflito de competência entre STJ e STF, além de desvirtuar a função



constitucional atribuída ao Recurso Especial pelo artigo 105 da Constituição Republicana.

Assim, vale acompanharmos o desfecho do julgamento do Recurso Especial 1.668.994/RS, para sabermos qual será o posicionamento do STJ sobre a reforma de acórdão originário com argumento eminentemente constitucional e, com isso, fazermos melhores reflexões sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Reflexos da repercussão geral no sistema de interposição conjunta do recurso extraordinário e do recurso especial e a sugestão para o problema. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158, p. 161-188, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

MENDES, Leonardo Castanho. **O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade**. São Paulo: RT, 2006. p. 217.

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS

## CONSTITUTIONALITY CONTROL OF UNCONSTITUTIONAL LEGISLATIVE OMISSIONS

Raul Torres de Lima<sup>1</sup>

Matheus Portela<sup>2</sup>

### RESUMO

Breve conceituação do controle de constitucionalidade brasileiro em aspectos gerais, seguida de uma análise das omissões legislativas inconstitucionais e, por fim, a exposição dos instrumentos de controle de constitucionalidade das omissões legislativas inconstitucionais, bem como da responsabilidade civil do Estado legislador.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Omissão inconstitucional. Responsabilidade civil do Estado.

### ABSTRACT

A brief explanation of Brazil's constitutionality control system in broad terms, followed by an analysis of the unconstitutional legislative omissions, and, at last, an exposition of the judicial tools of constitutionality control of unconstitutional legislative omissions, as well as of the civil liability of the legislator State.

**Keywords:** Constitutionality control. Unconstitutional omission. State's civil liability.

### 1 INTRODUÇÃO

O mecanismo do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, exercido pela denominada jurisdição constitucional – aquela realizada por órgãos judiciários – é um dos temas de

---

<sup>1</sup> Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

<sup>2</sup> Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

maior relevância do Direito Constitucional. O debate acerca desse controle judicial, que possui diferentes perspectivas doutrinárias, ganha ares mais controvertidos quando examinado sob a ótica dos controles preventivos e repressivos, além claro, das omissões inconstitucionais.

Nesse diapasão, o presente trabalho busca realizar um estudo aprofundado acerca das modalidades de controle de constitucionalidade, especificamente no que tange o panorama do ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se, portanto, analisar no primeiro capítulo, aspectos gerais quanto ao mencionado controle, partindo de uma noção geral dos preceitos da Carta Magna e da supremacia constitucional, de forma a confirmar a premissa de que é possível estabelecer o controle de constitucionalidade como um mecanismo de garantia da proeminência normativa constitucional.

Diante disso, diversos modelos e formas de controle de constitucionalidade serão examinados, tendo por base uma teorização pautada no Direito comparado, porém com foco voltado para o Direito brasileiro sobre o tema.

Já nos capítulos finais, pretende-se proceder a um estudo conceitual no que se refere às omissões inconstitucionais, abordando suas principais características, momentos de ocorrência e essencialmente as formas e mecanismos de controle sobre o fenômeno em tela. Tendo em vista a seriedade dos problemas de lacunas e do vácuo jurídico, faz-se necessária também um estudo acerca de dois principais instrumentos de controle, quais sejam a ação direta de inconstitucionalidade por omissão bem como o mandado de injunção, a fim de verificar e analisar a eficácia dos mesmos diante da problemática apresentada.

## **2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

### **2.1 Conceito**

A fim de se garantir a supremacia da Constituição, faz-se necessário um sistema que assegure, de modo consistente a manutenção da superioridade e da

força normativa do texto magno, impedindo a subsistência de atos normativos que ofendam os preceitos imperativos da Lei Maior. Diante disso, o sistema em discussão representa o denominado controle de constitucionalidade, revelando-se “como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua própria razão de ser”<sup>3</sup>.

A definição de controle de constitucionalidade desenvolvida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>4</sup>explica o referido instituto como a

Verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição, envolvendo a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade e do ato jurídico.

Na lição de Luís Roberto Barroso:

De fato, os atos materialmente normativos, em geral oriundos do Executivo (mas, eventualmente, também do Legislativo e do Judiciário), sujeitam-se, da mesma forma, ao teste de constitucionalidade e são invalidáveis por juízes e tribunais. O mesmo se passa com as decisões judiciais, que comportam recursos tendo por fundamento sua contrariedade à Constituição. De modo que, em sentido amplo, o controle de constitucionalidade é exercido sobre atos de quaisquer dos Poderes. Todavia, estas duas últimas hipóteses –impugnação de atos administrativos ou de decisões judiciais – são muito mais corriqueiras, não tendo a complexidade e as implicações da declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Por esta razão não exigem estudo à parte<sup>5</sup>

No tocante aos vícios de inconstitucionalidade com capacidade de atingir os atos normativos editados pelo Poder Público, estes podem ser de caráter formal ou material, levando-se em conta a natureza da incompatibilidade da norma analisada e a Constituição.

<sup>3</sup> CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 20.

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

A inconstitucionalidade material ocorre quando o próprio conteúdo de um ato normativo está em desacordo com os preceitos e princípios inseridos na Lei Maior. Por outro lado a inconstitucionalidade formal advém da incompatibilidade do processo de formação da lei para com os preceitos constitucionais ligados ao procedimento legislativo que não foi obedecido.

Neste último caso, o diferencial está ligado ao processo de elaboração de um ato normativo, que afrontou a Constituição ao não obedecer as disposições constitucionais referentes à tramitação legislativa. A Carta Magna, como norma imperativa do ordenamento jurídico, regula diretamente a forma de produção das leis e atos normativos em geral, impondo, consequentemente, contornos em relação ao seu conteúdo<sup>6</sup>.

Sob essa ótica, a inconstitucionalidade procedimental, ( ou formal), tem efeitos sobre irregularidades que tenham ocorrido durante o procedimento de formação de determinada lei com escopo na Constituição ou até mesmo na sua edição por uma autoridade incompetente; há então o descumprimento às normas constitucionais de forma.

Em outra perspectiva, a inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca, tem sua manifestação quando uma norma apresenta desconformidade com o conteúdo disposto na Constituição Federal, muito embora possa ser formalmente adequada, há de fato o desrespeito aos regramentos constitucionais de fundo.

## 2.2 Controle de constitucionalidade preventivo e repressivo

No tocante ao momento da realização do controle de constitucionalidade, são encontrados os seguintes tipos: a) controle preventivo, que ocorre antes da própria existência ou perfeição do ato, isto é, durante o seu processo de elaboração e; b) controle sucessivo ou repressivo que ocorre somente após a

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

conclusão do processo de elaboração do ato, independentemente de encontrar-se o mesmo em vigor<sup>7</sup>.

O controle preventivo, exercido antes que o ato normativo se aperfeiçoe, visa evitar que normas inconstitucionais entrem em vigor. Tem por objetivo, portanto, impedir que uma lei ou um ato normativo, eivado de inconstitucionalidade, adentre o ordenamento jurídico, ou seja, é feito *a priori*<sup>8</sup>.

No ordenamento brasileiro, existe espaço, embora pequeno, para o controle preventivo de constitucionalidade. Essa tarefa está nas mãos do Poder Legislativo, no âmbito das Comissões de Constituição e Justiça, que se manifestam acerca da constitucionalidade dos projetos de lei em curso na Casa Legislativa. Também é exercido pelo Poder Executivo, através do veto apostado a projetos de lei em virtude de vícios de inconstitucionalidade, impedindo assim a entrada em vigor do ato normativo contrário à Constituição.

O controle repressivo (sucessivo, posterior, corretivo), como explanado, é realizado quando o ato normativo já foi produzido. Visa o exame da compatibilidade do ato normativo em vigor com o texto constitucional para que, se constatada desarmonia das normas em cotejo, seja expungida do ordenamento jurídico aquela contrária à Lei Maior. No Direito Brasileiro, como regra, o controle repressivo é realizado pelo Judiciário, que tem o poder, de forma difusa ou concentrada, de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos incompatíveis ao texto constitucional.

Por outro lado, existem situações de controle repressivo exercitado pelo Poder Legislativo (como a rejeição de medias provisórias editadas pelo Executivo em razão de vício de inconstitucionalidade; ou de sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou da delegação legislativa) e pelo Poder Executivo (como a recusa direta de aplicar

<sup>7</sup> CUNHA JUNIOR, Dirleyda. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 103.

<sup>8</sup> HELAL, João Paulo Castioglioni. **Controle de constitucionalidade**: teoria e evolução. Curitiba: Juruá, 2006. p. 121.

norma inconstitucional)<sup>9</sup>, embora esta última hipótese não caracterize um consenso doutrinário.

## 2.3 Modelos de controle judicial: difuso e concentrado

Na lição de Gilmar Mendes<sup>10</sup>, o controle judicial de constitucionalidade, desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, é dividido, para fins didáticos, em modelo difuso (sistema americano) e modelo concentrado (sistema austríaco ou europeu de controle). Existem, também, sistemas mistos (como o brasileiro), que conjugam elementos dos dois modelos básicos.

### 2.3.1 Modelo Difuso

O controle de constitucionalidade difuso-concreto-incidental, também denominado sistema americano, assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional<sup>11</sup>. Idealizado pelo constitucionalismo norte-americano a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, por obra do Chief Justice John Marshall, no qual restou consagrado, pela primeira vez, não só a noção de supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também o poder-dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição.

Naquele julgado histórico, assentou-se que a interpretação as leis era um atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 46

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1030.

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1031.

aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar a lei inferior<sup>12</sup>, deixando de aplicá-la.

O julgado em tela deixou assentada a competência própria do Judiciário de dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento<sup>13</sup>.

Dessa forma, no modelo em análise, não cumpre ao Poder Judiciário declarar, em princípio, a inconstitucionalidade de qualquer ato do poder público, devendo limitar-se a reconhecer a inconstitucionalidade do ato somente em face de um caso concreto, paralisando seus efeitos no que tange ao conflito solucionado<sup>14</sup>. A declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental, prejudicialmente ao exame do mérito. A inconstitucionalidade da norma não constitui o cerne da demanda judicial, mas sim um dos fundamentos para a resolução do mérito do litígio.

### *2.3.2 Modelo concentrado*

O modelo concentrado-abstrato-principal de controle judicial de constitucionalidade (austriaco ou europeu) surgiu na Europa Continental, mais especificamente com a promulgação da Constituição austríaca em 1920. Nesse sistema, a atribuição para o exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público é confiada a um órgão jurisdicional especial (o chamado Tribunal Constitucional), situado na cúpula do Poder Judiciário ou, em alguns

<sup>12</sup> CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 62.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47.

<sup>14</sup> CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 68.



países, fora da estrutura deste Poder<sup>15</sup>. Nesse regime, ao contrário do modelo difuso, a competência para decidir sobre a inconstitucionalidade de uma espécie normativa é dada a um único órgão, isto é, concentra-se em um único órgão (daí o nome que lhe foi dado)<sup>16</sup>.

Pontua Dirley da Cunha Junior<sup>17</sup> que o modelo concentrado de controle de constitucionalidade difere do sistema difuso, basicamente, sob três aspectos: a) subjetivo, relativamente ao órgão que exerce o controle; b) modal, concernente à forma como o controle é exercido e a questão da constitucionalidade é resolvida; e c) funcional, vale dizer, referente aos efeitos que a decisão de reconhecimento de (in)constitucionalidade produz.

No que se refere ao aspecto subjetivo – órgão responsável pelo controle –, diferentemente do sistema difuso, no qual o poder de examinar a constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais é conferido a todos os órgãos de natureza jurisdicional, no modelo concentrado tal poder é atribuído exclusivamente a um órgão específico (Corte Constitucional), cabendo somente a este reconhecer a inconstitucionalidade de atos normativos, falecendo tal prerrogativa aos demais órgãos jurisdicionais. O Tribunal Constitucional assume o monopólio do controle de constitucionalidade das leis, de tal modo que aos demais órgãos da justiça ordinária ficam interditas as vias da jurisdição constitucional<sup>18</sup>.

O sistema de controle concentrado também difere substancialmente do sistema difuso quanto ao modo pelo qual a verificação da (in)constitucionalidade é realizada. Com efeito, enquanto no modelo difuso o controle de constitucionalidade é realizado exclusivamente pela via incidental, ou seja, a análise da (in)constitucionalidade de determinado ato normativo é realizada como questão prejudicial para a resolução de um caso concreto

<sup>15</sup> CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 73.

<sup>16</sup> HELAL, João Paulo Castiglioni. **Controle de constitucionalidade**: teoria e evolução. Curitiba: Juruá, 2006. p. 127.

<sup>17</sup> CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 74.

<sup>18</sup> CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 8. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 75.

submetido à apreciação judicial, no modelo concentrado o controle é exercitado, em regra, pela via principal<sup>19</sup>, vale dizer, por meio de uma ação especial perante o Tribunal Constitucional, que tenha como objeto justamente a própria verificação da constitucionalidade de determinado ato normativo, independente de qualquer controvérsia concreta subjacente ao mesmo. Nesse contexto, no modelo concentrado, exercido pela via principal, o papel do órgão responsável pelo controle se limita ao exame da (in)constitucionalidade da norma em tese, abstratamente considerada, inexistindo demanda de natureza subjetiva a ser resolvida.

No que tange aos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, o sistema “austríaco” de controle concentrado distingue-se significativamente do sistema “americano” de controle difuso porque, enquanto neste os efeitos da decisão operam retroativamente (extunc) e geram a nulidade absoluta da lei, naquele os efeitos da decisão perfazem-se ex nunc (efeitos prospectivos) e causa apenas a anulação da lei<sup>20</sup>.

Isto posto, no sistema concentrado, o ato normativo reconhecido como inconstitucional pelo órgão competente se torna nulo a partir da decisão da Corte Constitucional. O pronunciamento do Tribunal relativamente à inconstitucionalidade da norma, portanto, apresenta natureza constitutiva, vale dizer, é ele que anula o ato normativo inconstitucional, que deixa de subsistir a partir de então, ao contrário do modelo difuso, no qual a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de determinada norma apenas declara o vício pré-existente, impedindo a produção de efeitos pela norma desde o seu nascimento (eis que a mesma é nula desde a sua edição – natimorta).

Finalmente, também no tocante aos efeitos do controle de constitucionalidade, importa registrar que, no modelo concentrado, a decisão

<sup>19</sup> Diz-se que o controle concentrado é exercido, em regra, pela via principal, em razão de existirem casos em que também pode ser realizado pela via incidental, situação que ocorre, por exemplo, na Alemanha e Itália, nos quais os juízes e tribunais ordinários podem suscitar junto ao Tribunal Constitucional o controle de constitucionalidade das leis questionadas nos casos concretos que perante eles tramitam (CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 80).

<sup>20</sup> CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 81.

do órgão responsável pelo controle (Corte Constitucional) acerca da (in)constitucionalidade de determinado ato normativo produz efeitos erga omnes, ou seja, possui eficácia geral, vinculando os demais órgãos jurisdicionais e administrativos à conclusão adotada pelo Tribunal Constitucional. Uma vez tendo este reconhecido a inconstitucionalidade de uma lei, a mesma é extirpada do ordenamento jurídico, independente do talante integrador de qualquer outro Poder da República, tendo a decisão, nesse controle, eficácia geral<sup>21</sup>.

### 3 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

#### 3.1 Caracterização da omissão legislativa

Quando se fala em constitucionalidade e inconstitucionalidade, é preciso ter em mente uma relação entre a Constituição Federal e um comportamento que se compatibiliza ou não com ela. A inconstitucionalidade por ação se materializa em um agir violador das disposições constitucionais. O descumprimento dos preceitos constitucionais não se limita, no entanto, à prática de atos proibidos, pois abrange também a omissão diante de uma determinação expressa de conduta positiva.<sup>22</sup>

A omissão legislativa inconstitucional pode assumir algumas modalidades. A inconstitucionalidade por omissão de atos normativos se dá quando o poder legislativo não edita as leis essenciais à exeqüibilidade das normas constitucionais não auto-executáveis, isto é, aquelas que necessitam da atuação legislativa para serem aplicadas.<sup>23</sup>

É o caso das normas de eficácia limitada, que possuem uma aplicabilidade parcial. Elas não são completamente isentas de efeitos, mas

<sup>21</sup> HELAL, João Paulo Castioglioni. **Controle de constitucionalidade: teoria e evolução**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 127.

<sup>22</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 125-126.

<sup>23</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 130.

demandam uma atuação legislativa que as integre e confira-lhes executóriedade total.<sup>24</sup>

A inconstitucionalidade poderá se dar ainda na modalidade da omissão de atos políticos ou de governo, quando, por exemplo, deixa-se de nomear titulares de cargos constitucionais. Já no caso em que a Constituição, ainda que implicitamente, demandar a modificação de quaisquer de seus institutos ou enunciados e esse fenômeno não se concretiza, está-se diante de uma inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma constitucional.<sup>25</sup>

A omissão de medidas administrativas também pode caracterizar uma inconstitucionalidade e, por fim, a própria denegação da justiça também é uma modalidade de inconstitucionalidade por omissão judicial.<sup>26</sup>

Dentre as modalidades omissivas, a mais difícil de controlar certamente é a inércia do Poder Legislativo, pois a atuação desse poder se encontra no limite entre a liberdade de atuação e o estrito cumprimento dos preceitos constitucionais.<sup>27</sup>

A omissão legislativa inconstitucional é, portanto, a abstenção em desacordo com uma imposição constitucional específica, cuja aplicação exige uma integração normativa. Só há que se falar em inconstitucionalidade nesse contexto, então, se há o dever constitucional de editar a norma. Isso porque nem todas as normas constitucionais obrigam a atuação positiva, algumas são faculdades a critério do Poder Público. Não basta, assim, o dever geral de legislar para a configuração da inconstitucionalidade.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões normativas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 92.

<sup>25</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 130-131.

<sup>26</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 131.

<sup>27</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131.

<sup>28</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 132.

### *3.1.1 Momento de caracterização da omissão legislativa*

É importante delimitar o momento em que a omissão legislativa se torna inconstitucional de fato, pois se não existisse esse limite temporal o Poder Legislativo teria a prerrogativa de total liberdade na sua atuação integrativa, o que ultimamente resultaria na ineficácia da própria Constituição em suas normas dependentes de integração.<sup>29</sup>

A Constituição de 1988 trouxe diversas normas de eficácia limitada. Algumas delas foram prontamente regulamentadas, outras levaram mais tempo para receberem uma integração normativa e há as que ainda careçam dela. As lacunas legislativas podem pairar no âmbito de situações jurídicas imperfeitas, que nada mais são do que omissões constitucionais que, se não resolvidas em prazo razoável, passam a configurar omissões inconstitucionais.<sup>30</sup>

O elemento tempo é então essencial para a migração da imperfeição técnica para o campo da omissão inconstitucional. Em algumas hipóteses é fácil de mensurar o prazo, pois a própria Constituição o delimita. Todavia, nem sempre há a estipulação constitucional desse prazo para a adoção das medidas cabíveis.<sup>31</sup>

Quando não há a previsão expressa de prazo, é função do intérprete avaliar qual seria o decurso de tempo razoável para a adoção das integrações normativas antes que se configure a omissão inconstitucional. Deve-se levar em conta, para tanto, os valores constitucionais afetados, o contexto social e histórico no caso concreto, bem como a relevância da norma carente de integração. Assim, quanto mais premente for a norma não auto-executável, menor será o prazo razoável para a atuação legislativa.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

<sup>30</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135-136.

<sup>31</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136.

<sup>32</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

O juiz deverá, considerando todos esses elementos, exercer a complexa tarefa de delimitar esse prazo. Ainda que não seja razoável estabelecer um prazo tão curto que inviabilize o exercício da função legislativa, não é lícito que o faça de maneira tão demorada que seja conivente com a omissão continuada, principalmente quando se tratar de direitos fundamentais. É preciso buscar um equilíbrio que dê a maior efetividade possível à Constituição e mitigue o sacrifício do cidadão.<sup>33</sup>

### 3.2 Omissão total e parcial

A omissão inconstitucional não se configura só quando o legislador não pratica o ato determinado pela Constituição, mas também quando ele não o faz nos moldes exigidos. Nota-se então que a omissão pode ser parcial ou total.<sup>34</sup>

O chamado silêncio transgressor, que é uma absoluta abstinência de atuação em desacordo com o dever constitucional de agir, configura a omissão total. Já a omissão parcial se concretiza na atuação imperfeita, que apenas parcialmente cumpre as determinações constitucionais.<sup>35</sup>

A omissão na modalidade parcial é um fenômeno complexo, pois pode gerar a exclusão de um benefício que prejudique o princípio da isonomia. Isso se dá quando um ato normativo conferir prerrogativas ou onerar determinadas categorias de pessoas de maneira discriminatória, sem contemplar de igual modo todas as que estão em situação idêntica.<sup>36</sup>

Surge, em tais situações, um dilema judicial: declarar a inconstitucionalidade dessas normas em razão da violação ao princípio da

<sup>33</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137-138.

<sup>34</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

<sup>35</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

<sup>36</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

igualdade, ou, considerando que se trata de uma omissão parcial, estender o alcance da norma para respeitar o referido princípio?<sup>37</sup>

Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal se manifestou em um caso específico, consubstanciado na súmula 339 que assim determina: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.<sup>38</sup>

Entendeu a Suprema Corte, por várias vezes, que a extensão dos benefícios em casos de omissões parciais não seria possível sob o fundamento da isonomia porque a atuação judicial encontra limites da separação dos poderes. Ressalta-se que não é o caso das situações em que o legislador incorre em omissão parcial por impor um ônus em sede de discriminação arbitrária a um grupo de pessoas, sem contemplar outras na mesma condição. Neste caso, a atuação do Poder Judiciário não estenderá a aplicação da norma, não há prejuízo à separação dos poderes, porque a declaração de inconstitucionalidade estará apenas controlando os excessos.<sup>39</sup>

Apesar de tal entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, André Puccinelli Júnior defende que:

A independência orgânica e a especialização funcional, caracteres associados à separação dos poderes, não podem reduzir o judiciário à condição de mero legislador negativo, de um apático observador do processo de elaboração normativa ou de simples títere encarregado de pronunciar o que lhe dita a lei, jamais supri-la. E isto é assim porque não há diferenças ontológicas entre colmatar uma lacuna ilegítima e invalidar a lei inconstitucional. Em ambos os casos, o Poder Judiciário acaba sempre interferindo na atividade legislativa.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138-139.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 339**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1484>> Acesso em: 3 out. 2018.

<sup>39</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140-141.

<sup>40</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141-412

Dessa forma, existe o posicionamento de que não seria razoável sacrificar valores constitucionais completamente, como o princípio da isonomia, em nome da separação dos poderes, porque o Poder Judiciário – respeitada a razoabilidade – não pode ficar reduzido à função de legislador negativo. Para essa tese, não há essencialmente diferença entre suprir uma lacuna ilegítima, decorrente de uma discriminação inconstitucional, e declarar a inconstitucionalidade da norma, pois ambas as formas de atuação seriam inerentes ao exercício da função judiciária.

### 3.3 O problema das lacunas e do vácuo jurídico

A lacuna é uma falha no ordenamento jurídico que se verifica sempre que houver uma situação de fato não prevista pelo Direito. É preciso analisar tal fenômeno com base na forma como o sistema jurídico é concebido. Se, conforme vários autores, o ordenamento jurídico constituísse um sistema fechado e completo, não existiria o problema das lacunas.<sup>41</sup>

Nesse cenário, o seguinte postulado afastaria a ocorrência de lacuna: tudo que não está proibido está permitido. Atualmente a atuação da administração pública, que se pauta pela premissa de que, ao contrário dos particulares, a administração só pode fazer o que a lei determina, rivaliza essa noção de um sistema completo, isento de lacunas.<sup>42</sup>

Por mais que o ordenamento jurídico tente abarcar o máximo de situações fáticas possíveis, nunca conseguirá contemplar cabalmente a infinidade de relações provenientes das interações sociais. A ordem jurídica não é um sistema fechado e completo, mas sim um sistema aberto, sujeito ao surgimento de lacunas.<sup>43</sup>

No âmbito do Direito Constitucional, a teoria das lacunas encontra alguma interferência no sentido de que a Constituição – conforme entendem

<sup>41</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

<sup>42</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

<sup>43</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.



alguns - ao dispor de maneira geral sobre determinados assuntos sem esgotá-los, fá-lo-ia por uma escolha política. A exclusão de tópicos específicos não seria propriamente uma lacuna, fruto de uma falha do constituinte, mas sim uma escolha consciente e proposital.<sup>44</sup>

A doutrina majoritária não adota a tese da plenitude hermética da ordem constitucional. Isso se dá porque é possível identificar na Constituição três tipos de lacunas: a) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional desejadas pelo constituinte, que nada mais são que as normas de eficácia limitada, e naturalmente impositivas de um dever de integração normativa por parte do legislador; b) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não obstante sejam desejadas pelo constituinte, não podem ser submetidas à integração legislativa. É o que a doutrina denomina silêncio eloquente; c) lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional, não desejadas, que podem ser supridas pelo juiz por meio de analogia, costumes ou princípios gerais do direito.<sup>45</sup>

Abordadas as lacunas, existe ainda a figura do vácuo jurídico. Trata-se de situação em que a lei regulamentadora de uma norma constitucional é revogada pelo legislativo ou declara inconstitucional pelo judiciário, sem que sejam adotadas medidas ulteriores para disciplinar a matéria que ficou sem regulamentação. Configura um retrocesso em que se sai de uma situação de efetiva integração da norma para um vazio normativo.<sup>46</sup>

Para sanar esse problema, há duas soluções possíveis: a) a declaração de inconstitucionalidade da própria norma que revogou a lei integrativa, sob a justificativa de violação ao princípio da efetividade; ou b) a declaração de inconstitucionalidade da norma regulamentadora, mas modulando os efeitos da

<sup>44</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 128.

<sup>45</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 128.

<sup>46</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 144.

decisão com o escopo de afastar sua nulidade por razões de manifesto interesse público ou para proteger a segurança jurídica, o que evita o vácuo jurídico.<sup>47</sup>

De qualquer forma, tanto as lacunas – sobretudo, para efeitos deste estudo, as lacunas provenientes de normas de eficácia limitada - como o vácuo jurídico são ameaças à máxima efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais, de maneira que reclamam uma atenção jurídica e uma postura emancipatória capaz de efetivamente proteger os valores constitucionais ameaçados.<sup>48</sup>

A responsabilidade passa a recair sobre as casas legislativas que, por meio da inércia, acabam por corroer valores tutelados pelo constituinte. A falta de atuação legislativa e a morosidade desarrazoada engessam a aplicação da Carta Magna e, conseqüentemente, ensejam uma mutação informal da Constituição com resultados perniciosos a longo prazo.<sup>49</sup>

Nas palavras de Puccinelli Júnior:

Vale dizer, à semelhança de um costume *contra legem*, como é o caso do desuso ou costume negativo, esta abstenção condenável investe contra a normatividade constitucional e dela faz letra morta, impedindo sua aplicação. Em vez de contribuir com a atualização semântica da Constituição, este *non facere* culmina por erodir seu quadro de valores, fazendo pouco caso de sua força normativa.<sup>50</sup>

Diante do *status* hierárquico superior da Constituição Federal, a liberdade de atuação do legislador infraconstitucional está condicionada a um dever de atuar pautado nas próprias determinações expressas de conteúdo constitucional. Toda essa narrativa leva a uma conclusão: sempre que a omissão legislativa violar os propósitos estabelecidos pelo legislador constituinte, será passível de controle judicial. A máxima efetividade da Constituição deve ser o

<sup>47</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 144.

<sup>48</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

<sup>49</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134-135.

<sup>50</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

objetivo conjunto do Poder Público, por meio de uma atuação integrada entre seus Poderes.<sup>51</sup>

## 4 INSTRUMENTOS DE CONTROLE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS

### 4.1 Responsabilidade civil do Estado legislador

A responsabilidade civil do Estado, no âmbito legislativo, precisa atender a alguns requisitos gerais e específicos. Os pressupostos gerais são três: a) evento danoso; b) a ocorrência de inconstitucionalidade; c) nexos causal entre o dano sofrido e a ação ou omissão legislativa.<sup>52</sup>

Os específicos se dividem em dois: a) Conduta comissiva do Poder Legislativo que provoque uma restrição normativa não amparada por exigências públicas de saúde, higiene ou moralidade; ou b) Conduta omissiva do legislador diante de uma determinação constitucional expressa de agir – um dever - não uma mera faculdade.<sup>53</sup>

Não há que se falar em responsabilidade sem a existência de dano, seja ele material ou moral. Da ausência de lesões não surge o dever de indenizar. Ressalta-se ainda que a responsabilidade civil também não recai sobre os aborrecimentos cotidianos inerentes à vida em sociedade.<sup>54</sup>

Como exemplo de uma hipótese em que seria plausível responsabilizar o Estado legislador pela conduta omissiva temos a situação que envolve o inciso XI do artigo 7º da Constituição, que garante aos trabalhadores a “participação

<sup>51</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

<sup>52</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 254-255.

<sup>53</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255.

<sup>54</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255.

nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.<sup>55</sup>

Tal dispositivo de eficácia limitada só foi regulamentado cerca de doze anos depois, com a lei nº 10.101/2000. Antes da edição da norma integrativa, os trabalhadores não podiam exercer o direito que a constituição lhes atribuíra.<sup>56</sup>

Embora a Constituição não tenha determinado expressamente um prazo para a edição da lei integrativa, um trabalhador que ajuizasse uma ação em 1998, por exemplo, poderia argumentar pela falta de razoabilidade na mora legislativa. Dez anos equivalem a duas legislaturas e meio, tempo suficiente para que o processo legislativo amadurecesse e viesse a resultar na integração exigida pelo comando constitucional; além do fato de que por ocasião do ajuizamento da demanda o país já tinha alcançado uma estabilidade econômica, o que ensejaria a partilha dos lucros com os empregados.<sup>57</sup>

Poder-se-ia considerar também hipótese de responsabilização no que tange ao inciso V do art. 203 da Constituição, que estabelece

a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.<sup>58</sup>

O dispositivo em comento necessitava de uma lei integrativa que lhe desse eficácia plena e, apesar do conteúdo premente e da relevância pública e social desse direito, ele só pôde ser exercido em definitivo a partir do advento

<sup>55</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 4 out. 2018.

<sup>56</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.

<sup>57</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261-262.

<sup>58</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 4 out. 2018.

do Estatuto do Idoso, em 2003. Antes vigorou temporariamente o artigo 139 da Lei nº 8.213/91, que foi eventualmente revogado pela Lei nº 9.528/97.<sup>59</sup>

A omissão do legislador em editar a referida norma constitui uma inconstitucionalidade, que, acrescida do nexa causal entre a inércia e a impossibilidade de aplicação de um direito constitucional e do conseqüente dano advindo da privação de uma receita legítima aos indivíduos contemplados pelo dispositivo constitucional em questão, configura claramente hipótese de responsabilidade civil do Estado.<sup>60</sup>

Diferente do exemplo anterior, a Constituição neste caso trouxe um prazo expresse no artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.<sup>61</sup>

Dessa forma, a omissão legislativa se tornou inconstitucional a partir do dia 5 de outubro de 1989, data esta que poderá ser utilizada como parâmetro para o período de indenização devido, que deverá se limitar à quantia mensal de um salário mínimo.<sup>62</sup>

Conclui-se então pela viabilidade da responsabilização civil do Estado nas hipóteses de omissão legislativa inconstitucional tanto nos casos em que a Constituição estabelece um prazo para a edição da norma regulamentadora, como nos casos em que é silente. No caso concreto o juiz deverá avaliar de acordo com critérios de razoabilidade para que a negligência estatal ilícita não

<sup>59</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 262.

<sup>60</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 262-263.

<sup>61</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 4 out. 2018.

<sup>62</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263

seja suportada pelos cidadãos, sobretudo quando se tratar de direitos fundamentais.

#### 4.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão era um instituto de direito estrangeiro que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição de 1988.<sup>63</sup> A sua finalidade é a defesa objetiva da integridade constitucional e o seu objeto é a própria omissão legislativa inconstitucional.<sup>64</sup>

Trata-se então de um tipo de controle abstrato cuja legitimidade ativa se limita a um rol taxativo.<sup>65</sup> Nos termos da Constituição: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”<sup>66</sup>

No âmbito da declaração de inconstitucionalidade por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o texto constitucional fala em dar ciência ao Poder competente para que este adote as medidas, mas estipula prazo somente quando se trata de órgão administrativo.

Daí se pode concluir que não há como obrigar o Poder Legislativo a suprir a omissão inconstitucional, mesmo sendo esta declarada judicialmente com efeitos *erga omnes*. Isso não é o mesmo que dizer, todavia, que tal decisão seja completamente vazia de utilidade, porque dela surge a possibilidade de responsabilização civil do Estado.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 62.

<sup>64</sup> HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 117.

<sup>65</sup> HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p.117-118.

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 4 out. 2018.

<sup>67</sup> RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões normativas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 105.

### 4.3 Mandado de injunção

O instituto do mandado de injunção foi inserido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988.<sup>68</sup> O inciso LXXI do artigo 5º da Carta Magna dispõe que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.<sup>69</sup>

Dessarte, é possível identificar alguns requisitos essenciais para a aplicação da medida: a) a existência de um direito constitucional; e b) a impossibilidade de exercê-lo em razão da omissão legislativa. Os efeitos da inércia legislativa precisam ser avaliados na esfera do caso concreto para o mandado de injunção, porque a omissão normativa em tese não é o objeto desse *writ*.<sup>70</sup>

O poder de injunção não fere o princípio da separação dos poderes. O constituinte expressamente conferiu tal prerrogativa ao Poder Judiciário, mas antes de fazê-lo dá oportunidade ao Poder Legislativo de cumprir as funções legiferantes estabelecidas como deveres constitucionais. Ademais, diante da inércia legislativa inconstitucional que agrida a efetividade constitucional em direitos fundamentais, o poder jurisdicional limita-se a suplementar a atuação legislativa.<sup>71</sup>

É claro que esse instrumento ainda está vinculado aos critérios de legalidade e razoabilidade para a aferição da anomalia morosa, que configura uma ilicitude passível de controle judicial como qualquer outra.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 117.

<sup>69</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 4 out. 2018.

<sup>70</sup> SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 52-53.

<sup>71</sup> SANTOS, Ulderico Pires dos. **Mandado de injunção: estudos e considerações**. São Paulo: Paumape, 1988. p. 14-15.

<sup>72</sup> SANTOS, Ulderico Pires dos. **Mandado de injunção: estudos e considerações**. São Paulo: Paumape, 1988. p. 15.

Diferente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção tem como finalidade o direito subjetivo concreto do indivíduo que se vê prejudicado pela inexistência de norma regulamentadora essencial ao exercício desse direito. O provimento do mandado de injunção implica a criação, pelo Estado-juiz, de uma norma concreta para reger aquele caso e sanar a condição de inviabilidade de gozo do direito constitucionalmente garantido.<sup>73</sup>

A consequência disso é que, mesmo após o provimento do mandado de injunção, a omissão legislativa inconstitucional pode permanecer, pois esse instrumento serve apenas para permitir a concretização de um direito subjetivo no caso concreto, não eliminar o vício omissivo em si, que seria a função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>74</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade no direito brasileiro pode se dar tanto na modalidade concentrada como na difusa, a depender do referencial em questão: a norma em tese ou a sua aplicação em um caso concreto, respectivamente.

Todavia, nem sempre o objeto do controle de constitucionalidade é uma norma em si, às vezes é a própria omissão legislativa. Diante de uma norma constitucional de eficácia limitada, com ordem expressa ao legislador infraconstitucional de editar uma lei que a regule e conceda-lhe eficácia plena, surge também a possibilidade da própria inércia configurar uma inconstitucionalidade passível de apreciação judicial.

Quando a própria Constituição determina um prazo para a edição da norma integrativa, não há dúvidas a respeito do momento em que a imperfeição técnica se transforma em omissão inconstitucional. O problema maior reside, portanto, em determinar qual é o momento em que se pode concluir pela

<sup>73</sup> HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 118-119. p. 118.

<sup>74</sup> HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 118-119.



inércia inconstitucional do legislador quando a Constituição se omite com relação ao prazo.

Caberá ao juiz, em cada caso, avaliar se o Poder Legislativo se encontra em mora inconstitucional quanto à integração da norma limitada. Para tanto, deverá se valer de critérios de razoabilidade, sopesando a viabilidade técnica e real de elaboração da norma até aquele momento no tempo com o interesse público e social de garantir a máxima efetividade da Constituição.

A mora legislativa estatal pode gerar prejuízos aos particulares, situação em que, presentes os requisitos da responsabilidade civil, torna-se possível responsabilizar o próprio Estado. Ainda que não tenha havido dano concreto, a impossibilidade de exercer um direito constitucional em razão da ausência de norma integrativa enseja o mandado de injunção, que suprirá a lacuna legislativa no caso concreto.

Por fim, quando o objeto for a própria ausência de norma obrigatória, a medida cabível é a ação de inconstitucionalidade por omissão. Diferente do mandado de injunção, que fornece uma resposta para o problema fático e permite a perpetuação da lacuna legislativa, a finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão é corrigir a situação de ausência de norma.

Embora a decisão condenatória na ação direta de inconstitucionalidade não seja capaz de efetivamente constranger o Poder Legislativo a editar uma norma – pois não há sanção para a desobediência da ordem judicial – a decretação da mora enseja a responsabilização civil dos particulares prejudicados, que poderão buscar individualmente seus direitos perante a justiça.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 339**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1484>>.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- HELAL, João Paulo Castioglioni. **Controle de constitucionalidade: teoria e evolução**. Curitiba: Juruá, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões normativas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. **Mandado de injunção: estudos e considerações**. São Paulo: Paumape, 1988.
- SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

# REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DO AGRAVO INTERNO PARA TUTELA DE URGÊNCIA AMBIENTAL

## *REFLECTIONS ABOUT THE EFFECTIVENESS OF THE INTERN APPEAL TO ENVIROMENTAL URGENT WARD*

Leonardo de Araújo Vieira<sup>1</sup>

### RESUMO

A Constituição Federal de 1988, reconhecida doutrinariamente como a “Constituição Verde”, resguarda o meio ambiente equilibrado como um direito fundamental de toda a coletividade e declara que o dever de zelar e manter este bem é do Poder Público e também de todos. Na ausência de um diploma legal único que regulamente e delimite o procedimento de demandas coletivas, há de se analisar se os instrumentos para resolução de processos individuais são suficientes para aqueles conflitos. Nesta ótica, destacou-se o recurso do agravo interno, em especial quando relativo à pedidos de tutela de urgência, para análise sob o prisma da efetividade da proteção ambiental. Sendo assim, para tecer a discussão proposta, ilustra-se os institutos jurídicos desenvolvidos para fim de ampliar a defesa ao meio ambiente tais quais os princípios da precaução e da prevenção, a responsabilidade sob a teoria do risco integral e a tutela de urgência. E, posteriormente, reflete-se acerca das modificações legais ao agravo interno, instauradas pelo novo Código Processual, e dos conflitos procedimentais constatados na aplicação prática.

**Palavras-chave:** Tutela de urgência. Agravo interno. Bem difuso. Proteção ambiental.

### ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988, recognized as the "Green Constitution", protects the well-balanced environment as a fundamental right of the whole community and declares that the obligation to care for and maintain this good belongs to the Public Power and also to everyone. In the absence of a unique law that regulates and delimits the procedure of collective demands, it is analyzed if the instruments for solving individual processes are sufficient for those conflicts. In this perspective, the internal appeal was highlighted, especially when it refers to urgent ward requests, for analysis under the prism

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) e em Comunicação Organizacional pela Universidade de Brasília (UnB). Estudante de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília UnICEUB/ICPD. E-mail: araujovieira.leonardo@gmail.com.

of the effectiveness of environmental protection. Thus, to illustrate the proposed discussion, it is illustrated the legal institutes developed to extend the environmental defense such as the principles of precaution and prevention, the responsibility under the theory of integral risk and the urgent ward. Later, it is reflected on the legal modifications to the internal appeal, established by the new Procedural Code, and the procedural conflicts verified in the practical application.

**Keywords:** Urgent ward. Intern appeal.<sup>2</sup> Diffuse good. Enviroment protection.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 conquistou um grande avanço para o Direito Ambiental ao resguardar em um capítulo próprio<sup>3</sup> o direito ao meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Sendo o dever de manter este bem ambiental não apenas do Poder Público, mas também da coletividade. Ambos, na esfera de suas competências, devem zelar, fiscalizar e punir os responsáveis no intuito de precaver os possíveis e restaurar os efetivos danos.

No intuito de compreender como ocorre esta proteção ao bem público ambiental, em risco de dano ou danificado, no judiciário brasileiro elegeu-se como foco deste estudo a efetividade do agravo interno em demandas de tutela de urgência ambiental. Para isto, por meio de uma revisão e análise bibliográfica, explana-se preliminarmente sobre as tutelas de urgência ambiental e outros institutos jurídicos de proteção.

Em seguida, descreve-se a evolução legal do agravo interno, a partir da inovação do Código Processual Civil, e reflete-se a respeito da real efetividade deste recurso. Pontos fundamentais como o poder monocrático de decidir e o momento processual de julgamento influenciam no efeito prático da tutela de

<sup>2</sup> Conforme cada país possui procedimentos e peças processuais próprias e não tendo sido encontrado algum termo consolidado para traduzi-los, optou-se por “intern appeal”, cuja tradução literal é de “recurso ou apelação interno”, para o agravo interno; e “urgent ward”, na tradução literal “proteção de urgência”, para tutela de urgência.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VI: do Meio Ambiente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

urgência. Após tais considerações, levanta-se novos questionamentos a respeito da ausência de um procedimento eficaz às demandas ambientais.

## 2 O BEM AMBIENTAL E OS INSTITUTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO

Para realizar a discussão acerca do papel das tutelas de urgência como instrumentos de proteção ambiental, inicialmente faz-se necessário compreender o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental e difuso. Esta característica transindividual do Direito Ambiental o difere de outros ramos do Direito, pois estes, de natureza individual, geralmente possuem uma titularidade facilmente determinável, já aquele trata de destinatários indeterminados, pois o meio ambiente protegido por este ramo jurídico é um bem da coletividade e, portanto, difuso.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, resguardado constitucionalmente<sup>4</sup>, declara-se como um direito e um bem de uso comum de todos, porém, simultaneamente, é um dever de toda a coletividade e do Poder Público<sup>5</sup> preservá-lo e protegê-lo para as presentes e para as futuras gerações.

O bem ambiental, compreendido como um direito difuso, indivisível e pertencente a indivíduos indetermináveis<sup>6</sup>, possui também o caráter social de maneira que um indivíduo ou grupo ainda que não estejam diretamente ligados a certo interesse tutelado podem sofrer interferências indiretas dele, devido a sua abrangência metaindividual e transindividual.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 225. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 129. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

<sup>6</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

Além da proteção constitucional, ressalta-se os princípios da precaução e da prevenção como instrumentos de tutela do meio ambiente.<sup>7</sup> Apesar da aparência similar entre eles, há uma diferença essencial, o princípio da precaução dispõe-se de impedir qualquer acontecimento potencialmente danoso ao meio ambiente ainda que seja incerto este possível dano.

Difere-se o princípio da prevenção no qual há a certeza do dano possível de determinada ação ou atividade e, ante a dificuldade ou impossibilidade de reparação, adota-se medidas protetivas para obstá-lo ou minorá-lo. Desta forma, o princípio da precaução precede o da prevenção pois busca evitar o dano antes mesmo da possibilidade de sua ocorrência e a desnecessária comprovação científica do perigo de dano grave ou irreversível representa um avanço na proteção ambiental.

Deve-se evidenciar também a responsabilidade ambiental, que recebe o respaldo constitucional de independência em relação às responsabilidades penal e administrativa, que além de ser caracterizada como objetiva, está orientada pela teoria do risco integral. Esta teoria aduz que o dano deverá ser reparado independente de culpa ou dolo do agente causador, dispensando a necessidade de comprovação de nexo de causalidade entre este e o dano, e não admite excludentes de ilicitude.

Em âmbito jurisprudencial, tem se consolidado no Superior Tribunal de Justiça a aplicação da teoria integral do risco, alcançando inclusive julgados em caráter de repetitivo, tal qual demonstra a tese firmada:

a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; [...]<sup>8</sup>

<sup>7</sup> GOMES, Magno Federici; LEAL JUNIOR, Breno Soares. Da efetividade do direito ambiental por meio da tutela provisória de urgência. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**. Brasília, v. 11, n. 1, p. 1-17, jul. /dez. 2017.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1374284/MG**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 05/09/2014. Disponível em:

Após esclarecer os institutos constitucionais, principiológicos, de responsabilidade ampliada para a defesa dos direitos ambientais, averigua-se o instrumento da tutela de urgência como mais uma progressão em objetivo de ampliação da abrangência de proteção ambiental. A tutela de urgência, instituída na Carta Maior através do direito à justiça<sup>9</sup>, deve ser concedida ao se constatar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo<sup>10</sup>.

Ela recebe duas classificações, a tutela de urgência antecipatória, que antecipa uma decisão satisfatória de mérito, e a tutela de urgência cautelar que objetiva proteger o direito material e processual, em especial o resultado útil do processo. Ambas podem ser acionadas em caráter antecedente, ou seja, antes de instaurada a pretensão inicial ou em caráter incidental, que ocorre no decorrer do processo.<sup>11</sup> Todas as modalidades de tutela de urgência devem ser realizadas pela cognição sumária e podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro, uma regulamentação única que direcione e controle o processo coletivo, diante dessa ausência, os bens difusos e coletivos, tal qual o meio ambiente, ficam a ser regidos por leis esparsas e, geralmente, voltadas aos direitos individuais. Entretanto, essa adaptação não é suficiente para conferir uma tutela efetiva aos bens difusos e coletivos que apresentam particularidades para as quais deve-se atentar.

A fim de ilustrar, o processo que visa resguardar um bem difuso, em especial o bem ambiental, deve ser revestido de natureza sócio-coletiva, no qual

---

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38502232&num\\_registro=201201082657&data=20140905&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38502232&num_registro=201201082657&data=20140905&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 3 out. 2018.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Art. 5º, § XXXV. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

<sup>10</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 300. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

<sup>11</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 300 c/c art. 305, §3º; art. 301. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

deve-se priorizar a devida proteção ao bem inclusive sobre as formalidades processuais. Dentro disto, a celeridade processual é um dos aspectos de maior impacto na efetividade da tutela ambiental, sendo assim, é inadmissível a morosidade e o excesso de formalismo. Além disto, acentua-se que no processo coletivo ambiental a prioridade está em evitar que o dano ocorra em vez de reparar ou indenizar.

Apontadas essas especificidades, observa-se as tutelas de urgência, associadas ao princípios de precaução e prevenção, como um instrumentos capazes de satisfazer a celeridade em busca da maior efetividade da tutela ambiental. Esta amplia-se, com embasamento legal, nas hipóteses de deferimento de liminar sem a obrigatoriedade de ouvir a parte diversa ou na estabilidade da decisão liminar na ausência de interposição de recursos.<sup>12</sup>

### **3 AGRADO INTERNO: UM INSTRUMENTO EFICAZ CONTRA DECISÕES MONOCRÁTICAS?**

No anterior Código de Processo Civil, de 1973, quando da interposição de um agravo de instrumento, recurso propício para questionar decisões interlocutórias sobre tutela de urgência, o relator, ao deparar-se com essa questão de antecipação de tutela, poderia deferi-la total ou parcialmente. Essa decisão liminar era irrecurável e somente seria passível de reforma no julgamento do agravo, salvo reconsideração do relator.

O Código Processual em vigor, de 2015, conferiu fundamento legal para que a decisão monocrática pudesse ser questionada pelo instrumento do agravo interno. De maneira diversa ao antecessor, no novo diploma processual o legislador não limitou a aplicação deste agravo. A temática foi debatida pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que consolidou no enunciado nº 142:

Da decisão monocrática do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 300, §2º c/c art. 304. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.



ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal, cabe o recurso de agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC.

Contudo, ainda que esteja clara a admissão irrestrita do agravo interno nas hipóteses mencionadas, alguns Tribunais continuaram a obstar o deferimento desses recursos sob a ótica do princípio de razoável duração do processo e da economia processual no qual a incidência de novos recursos seria contraproducente. Tais entendimentos, outrora sumulados com base no Código de 1973, tem sido superados.<sup>13</sup>

Outro ponto vale ser explanado, sobre qual dinâmica procedimental os Tribunais tem julgado o agravo interno – antes de analisar o agravo de instrumento, concomitantemente ou após. Para compreender a importância desse momento de julgamento, deve-se entender, primeiramente, que o objeto do agravo interno contra decisão monocrática do relator, no que tange à tutela de urgência, bastar-se-ia à análise dos requisitos de probabilidade de direito e o risco de dano, portanto, um juízo de cognição superficial.

De outro modo, a cognição para o julgamento de agravo de instrumento deve ser exauriente por tratar da análise do mérito de uma decisão interlocutória em primeira instância. O julgamento deste agravo de instrumento pelo órgão colegiado, destarte, devido à sua amplitude, abrangeria o objeto pleiteado por meio do agravo interno. Desta forma, caso o agravo de instrumento venha a ser julgado antes ou concomitantemente ao agravo interno, este estaria esvaziado pela perda de objeto.

Observado que a espera pelo julgamento de mérito do agravo de instrumento prejudica o agravo interno, numa outra alternativa, pondera-se que tomar um posicionamento de julgamento imediato do mérito do agravo de

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula nº 245**. "Incabível agravo regimental contra as decisões de que trata o artigo 527, incisos II e III do Código de Processo Civil.". Processo Administrativo nº 0024581-94.2011.8.19.0000. Julgamento em 18/07/2011. Relator: Desembargador José Carlos Schmidt Murta Ribeiro. Votação unânime. Verbete sumular cancelado, conforme decisão do órgão especial no processo administrativo nº. 0036739-11.2016.8.19.0000. Relator: desembargador Nagib Slaibi. Votação unânime (Rio de Janeiro, 17 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/agravo-regimental.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2017.

instrumento também não harmoniza com a jurisprudência nacional em decorrência de metodologias e quantidades processuais bastante distintas entre cortes.

Sendo assim, a posição que deveria ser adotada pelos Tribunais para manter a relevância do agravo interno, primando pela celeridade processual e pela importância da urgência do provimento liminar, seria o julgamento antecipado deste em relação ao agravo de instrumento. Inclusive, nesse sentido, destaca-se que:

Quando se deduz um pedido de efeito suspensivo em sede de agravo de instrumento, o objetivo da parte é ver apreciado imediatamente esse pedido, exatamente pelo conteúdo e pelo desiderato contido em tal postulação. Se o tribunal nega (ou concede) o efeito, permanece a (ou abre-se uma nova) pretensão de reformar a decisão para conceder (ou para negar) o efeito suspensivo.

Essa pretensão criada com a decisão liminar continua tendo urgência, notadamente porque se trata de uma pretensão dirigida ao efeito suspensivo, razão pela qual o recurso contra a decisão (agravo interno) deveria ser julgado imediatamente.<sup>14</sup>

Esse esclarecimento sob o prisma da pretensão de efeito suspensivo, aplica-se igualmente às tutelas de urgência, em especial as ambientais, cujo caráter emergencial e preventivo enseja um julgamento imediato sob pena de perdas maiores à toda uma coletividade.

Considerando que ainda não há a aplicação harmônica deste procedimento que confere efetividade ao agravo interno, recomenda-se que, ao ter sido frustrada uma tutela provisória recursal por decisão monocrática, a parte prejudicada ingresse com um pedido de reconsideração para o relator, tendo em vista que o julgamento posterior ou simultâneo do agravo interno o esvazia. Além disso, na interposição do recurso há a abertura para o contraditório o que pode postergar o julgamento do mérito do agravo de

<sup>14</sup> BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. Agravo interno contra decisão liminar proferida em agravo de instrumento. **JOTA Info**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/agravo-interno-contra-decisao-liminar-proferida-em-agravo-de-instrumento-21022018>>. Acesso em: 3 out. 2018.

instrumento, sem que o Tribunal analise de imediato o agravo interno, ficando a parte agravante duplamente prejudicada.

Por todo essa elucidação, depreende-se que a inovação da recorribilidade de decisão monocrática, conferida legalmente pelo novo Código de Processo Civil, na prática ainda não se consuma propriamente, o que demonstra um desafio na substituição dos diplomas legais a ser enfrentado para concretizar tanto os novos direitos processuais quanto para efetivar o objetivo real das tutelas de urgência.

#### **4 AS LACUNAS DA AUSÊNCIA UMA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL COLETIVA NA ESFERA DAS DEMANDAS AMBIENTAIS**

Esclarecidos os conceitos principais dos institutos de proteção ao meio ambiente e, elevada a discussão sobre a aplicação prática do agravo interno, propõe-se uma análise. Suponha-se que uma ação civil pública ou uma ação popular de demandas ambientais seja interposta com pedido de tutela de urgência a fim de evitar, ou de causar ainda mais, danos. Em primeira instância, o juiz indefere o pedido de urgência em decisão interlocutória. Convencidos do provável direito e do perigo de dano, os requerentes agravariam de instrumento essa decisão para o respectivo tribunal<sup>15</sup>.

Ao ser distribuído, o agravo de instrumento versa ao relator que tem poder para deferir monocraticamente sobre a tutela de urgência, parcial ou totalmente, e sobre efeitos suspensivos.<sup>16</sup> Caso este relator mantenha a decisão do juiz de primeira instância, os requerentes poderiam recorrer no prazo de 15 dias por meio do agravo interno. Entretanto, após recebido pelo relator, o agravado deve ser intimado para contrarrazoar ou retratar-se no prazo de 15

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 1.015, I. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 1.019, I. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

dias. Somente findo este é que o recurso será encaminhado para ingressar na pauta do órgão colegiado.<sup>17</sup>

Diante dessa situação hipotética contudo bastante possível, respeitado os procedimentos legais previstos, surgem algumas indagações. Em caráter primordial, questiona-se, a proteção do meio ambiente, como um direito difuso de toda a coletividade, deveria estar sob o poder de um único indivíduo? Da interposição do agravo interno até o encaminhamento ao órgão colegiado há um lapso de tempo considerável, e do ingresso da ação inicial há ainda mais tempo, atentado isto, seria esse procedimento ideal para o imediatismo necessário às demandas ambientais?

A seguinte reflexão, corrobora:

[...] o fator tempo na tutela ambiental é fundamental para efetiva proteção do meio ambiente, tendo em vista que **o objetivo do direito ambiental é sempre a preservação e não o alcance de uma indenização ao final do processo**. Porém, levando-se em consideração a morosidade da justiça, medidas de urgência se impõem a fim de legitimar o processo ambiental como instrumento de direito material, uma vez que estas técnicas processuais provisórias visam minimizar os danos que o lapso temporal causa ao direito discutido na lide.<sup>18</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa objetivou avaliar a efetividade do instrumento do agravo interno na tentativa de alcançar tutelas de urgência ambiental. Para isto, esboçou-se alguns conceitos essenciais, desde a natureza fundamental e difusa do bem ambiental, os institutos jurídicos de proteção, tais quais os princípios da precaução e da prevenção, a teoria do risco integral de responsabilidade e as tutelas de urgência. Estas, quando combinadas àquelas, deveriam ser suficientes para consolidar uma tutela emergencial ambiental imediata.

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 1.021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

<sup>18</sup> ALVES, Letícia Nalin; MORONG, Fábio Ferreira. A nova tutela de urgência nas ações civis públicas ambientais: um instrumento de efetivação da proteção ao meio ambiente. **Colloquium Socialis**, Presidente Prudente, v. 1, n. 1, p. 1-4 jan./abr. 2017. (Grifo nosso).

Entretanto, no desfalque de uma legislação una que direcione e regulamente um procedimento próprio às demandas coletivas, àqueles institutos ficam à mercê do procedimento de demandas individuais e, assim, acabam não alcançando a efetividade esperada e resguardada constitucionalmente. Para ilustrar esse prejuízo, apontou-se o agravo interno que busca modificar decisão monocrática em agravo de instrumento, sendo este o recurso específico para recorrer de decisões interlocutórias que possam ter indeferido tutelas de urgência requeridas em primeira instância.

Após explanar sobre o novo perfil do recurso conferido pela nova Carta Processual, ressaltou-se a importância do momento de julgamento do agravo interno ter que antecedente ao julgamento do próprio agravo de instrumento, sob a pena de perder o objeto e, portanto, esgotar a eficácia da peça. Por fim, descrita a situação hipotética fundada legalmente, indicou-se a concentração de poder sobre demandas ambientais que podem ser fatalmente decididas monocraticamente e prejudicadas pelo lapso temporal do processo até que alcançassem o órgão colegiado.

Por todo o exposto, revela-se mais que necessário que o legislador compile, respaldado nos princípios ambientais e processuais, além da plano constitucional, um procedimento específico para demandas coletivas, em especial as ambientais. Estas possuem características próprias que devem ser consideradas ao aplicar o direito material na prática processual, tais como necessidade de resoluções céleres, em especial se requeridas sob tutela de urgência, que impeçam o aumento de impacto e, preferencialmente, decididas coletivamente, de maneira a refletir o caráter difuso do bem ambiental.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Letícia Nalin; MORONG, Fábio Ferreira. A nova tutela de urgência nas ações civis públicas ambientais: um instrumento de efetivação da proteção ao meio ambiente. **Colloquium Socialis**, Presidente Prudente, v. 1, n. 1, p. 1-4 jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://revistas.unoeste.br/revistas/ojs/index.php/cs/article/viewFile/1787/1743>>. Acesso em: 3 out. 2018.

BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. Agravo interno contra decisão liminar proferida em agravo de instrumento. **JOTA Info**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/agravo-interno-contradecisao-liminar-proferida-em-agravo-de-instrumento-21022018>>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1374284/MG**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 05/09/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38502232&num\\_registro=201201082657&data=20140905&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38502232&num_registro=201201082657&data=20140905&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula n. 245** "Incabível agravo regimental contra as decisões de que trata o artigo 527, incisos II e III do Código de Processo Civil.". Processo Administrativo nº 0024581-94.2011.8.19.0000. Julgamento em 18/07/2011. Relator: Desembargador José Carlos Schmidt Murta Ribeiro. Votação unânime. Verbete sumular cancelado, conforme decisão do órgão especial no processo administrativo nº. 0036739-11.2016.8.19.0000. Relator: desembargador Nagib Slaibi. Votação unânime (Rio de Janeiro, 17 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/agravo-regimental.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2018.

GOMES, Magno Federici; LEAL JUNIOR, Breno Soares. Da efetividade do direito ambiental por meio da tutela provisória de urgência. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 1-17, jul. /dez. 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/8938>>. Acesso em: 3 out. 2018.

# AGRAVO DE INSTRUMENTO: O PROBLEMA DA TAXATIVIDADE NA NORMA PROCESSUAL

## *INTERLOCUTORY APPEAL: THE PROBLEM OF RATEABILITY IN THE PROCEDURAL NORM*

Thiago Rodrigues Martins<sup>1</sup>

### RESUMO

Este ensaio objetiva avaliar se o rol taxativo de hipóteses em que o agravo de instrumento é permitido admite interpretação extensiva ou por analogia. O contexto de processo constitucionalizado e democrático, com ênfase no princípio do contraditório, será explanado. A pesquisa foi empreendida a partir da análise de conteúdo doutrinário e jurisprudencial e da pesquisa documental legislativa. A conclusão aponta para uma necessidade de revisão da cultura judicial e da legislação correlata.

**Palavras-Chave:** Processo civil. Agravo de instrumento. Taxatividade recursal.

### ABSTRACT

This essay aims to evaluate whether the taxactive list of hypotheses in which the interlocutory appeal is permitted admits an interpretation extensive or by analogy. The context of constitutional and democratic process with emphasis on the principle of contradictory will be explained. The research was undertaken based on the analysis of doctrinal and jurisprudential content and the legislative documentary research. The conclusion points to the need to review the judicial culture and related legislation.

**Keywords:** Civil lawsuit. Interlocutory appeal. Recursion rate.

### 1 INTRODUÇÃO

O agravo de instrumento é um recurso de grande importância na legislação nacional, cujo regramento, em especial suas hipóteses de cabimento, foi significativamente modificado com a nova sistemática introduzida pelo Código de Processo Civil em vigor desde 2015. A doutrina e a jurisprudência

---

<sup>1</sup> Advogado e Assessor parlamentar, graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal, pós-graduando lato sensu em Novas Tendências do Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB/ICPD), e-mail: thiagomartins.advogado@gmail.com.

pátrias muito têm discutido acerca das restrições impostas a este recurso histórico.

Em razão disso, é fundamentalmente necessário se discutir acerca dos reflexos que a redução do acesso ao Judiciário provoca, especialmente no contexto do direito ao duplo grau de jurisdição, no que toca à limitação do cabimento do agravo de instrumento.

Para isso, o presente ensaio tratará do processo sob uma ótica constitucional, especialmente no contexto brasileiro fundamentado na Constituição vigente. A abordagem histórica do processo, das metodologias de sua evolução e das bases que o sustentam até ter chegado ao estágio atual, serão analisadas com a finalidade de situá-lo no tempo e no espaço, bem como a sua correta compreensão.

Posteriormente, será trazida a questão objetiva sobre o rol de hipóteses agraváveis e sua natureza, em especial se a sua interpretação admite ampliações, através de interpretação extensiva ou por analogia, ou não, com a enunciação de exemplos em que essas técnicas seriam possíveis e recomendadas, à luz do apregoado pela doutrina processual civil brasileira.

Por fim, o modelo estabelecido pelo Código de Processo Civil no que toca à disciplina do agravo de instrumento será confrontado com o princípio do contraditório, avaliando-se a pertinência das restrições atualmente impostas à luz do interesse estabelecido pelo legislador e dos problemas adjacentes ao sistema recursal brasileiro no contexto histórico. Nesse sentido, o uso do mandado de segurança como substitutivo recursal de decisões interlocutórias será objeto de crítica, tendo em vista um processo consolidado na raiz democrática e constitucional estabelecida, e os prejuízos potenciais decorrentes dessa prática.

## **2 A ERA DO PROCESSO EM UM ESTADO CONSTITUCIONAL**

A sociedade está em constante mudança. Revoluções, guerras, correntes ideológicas e filosóficas, visões econômicas e outros fatores relevantes, dos



pontos de vista político, econômico e social, influenciam os ciclos das nações. É natural que, nesse contexto de mudanças, a perspectiva sobre o direito seja alterada, inclusive quanto às formas de se alcançar o respectivo direito pretendido.

Atualmente, salta aos olhos o contexto jurídico-político brasileiro, em que vige uma constituição analítica com muitos direitos individuais e sociais. Em um Estado em que a negativa de prestação jurisdicional não é possível, o Judiciário carece de mecanismos que lhe permitam solucionar conflitos, soluções essas que precisam ser qualificadas e dadas em um tempo justo e razoável<sup>2</sup>.

Ciente dessas necessidades, e com uma legislação antiquada, o Brasil promulgou no ano de 2015 a Lei nº 13.105, que deu vida ao novo Código de Processo Civil. O processo, em si, demanda estrutura técnica e formal apta a viabilizar a concretização da justiça, e o novo código trouxe a lume diversas alterações no intuito de atingir esse objetivo através de um processo célere<sup>3</sup>. Mas é preciso conceber que essa estrutura, que não abre mão de formalismos, deve observar justamente os aspectos sociais, culturais, políticos e morais de uma sociedade, algo que todos os ramos do direito fazem<sup>4</sup>.

Esses vetores que alicerçam o direito de uma sociedade permeiam as razões do processo civil ser como é. Assim, é preciso fazer uma retrospectiva da própria compreensão do processo, que avançou ao longo do tempo para alcançar sua maturidade atual. Para isso, há que se analisar quatro linhas de pensamento

<sup>2</sup> JOBIM, Marco Felix; CARVALHO, Fabrício de Farias. A disciplina dos agravos no novo código de processo civil. **Revista da Ajuris**, v. 41, p. 265-288, 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/336/271>>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>3</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 237-254, jul. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.257.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.14.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>4</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo** – o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 147 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

representativas das fases metodológicas do processo: praxismo, processualismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo, todas de acordo com as lições de Daniel Mitidiero<sup>5</sup>.

O praxismo, também chamado de sincretismo processual, se revelou como uma linha privatista do direito processual, que sequer era visto como processo, mas como mero apêndice do direito material. Nessa corrente, o processo seria simples procedimento, sem maior necessidade de autonomia ou metodologia própria. Por evidente, a ausência de princípios e regras que delimitassem as circunstâncias jurisdicionais em si, com um processo umbilicalmente ligado ao direito material, não poderia gerar uma experiência satisfatória. Não por outra razão essa corrente reinou desde as origens da criação de processos até a segunda metade do século XIX, momento posterior a várias revoluções e guerras que minaram o absolutismo monárquico e imperial até então predominante.

Somente a partir do século XIX que o processo começou a ganhar contornos próprios e ser reconhecido como ciência autônoma do direito. A processualística alemã delimitou essa necessidade e empreendeu estudos para dar uma base própria de conceitos ao processo. Nasce aí o processualismo, que conceituou ação, atos processuais, litispendência, eficácia de sentença, coisa julgada, revolucionou a percepção do que seria a jurisdição, além de várias outras contribuições sobre outros institutos do direito processual civil. O processo deixa de ser visto como solução para o alcance de interesses materiais privados, e se torna algo público e destinado a reger as relações que o Estado deve julgar.

Entretanto, o processualismo se prendeu a formas que isolaram o processo, transformado em um fim em si mesmo. A autonomia entre o processo e o direito material eram necessárias, mas não poderiam ser absolutas, a ponto

---

<sup>5</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo** – o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 147 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

de se negar vigência a pretensões jurídicas legítimas unicamente por aspectos formais, por vezes, de pequena relevância. Daí, nasce o processo metodologicamente instrumental, que relativiza aspectos formais para favorecer as discussões sociais e políticas que se avolumaram nos tribunais, algo próprio do momento histórico vivenciado pelos Estados nacionais.

Mas a perspectiva do instrumentalismo foi afetada nas últimas décadas, especialmente no Brasil, com a revolução trazida pela Constituição da República de 1988 (CR/88). O diploma constitucional inaugurou uma ordem jurídica fundamental essencialmente influenciada por valores representativos de um “processo constitucional”, que clama pelo respeito à competência jurisdicional, ao direito de defesa e do contraditório, inclusive recurso, à inviabilidade de se aceitar provas ilícitas no julgamento de alguém, dentre outras circunstâncias processuais ditas pela Constituição.

Assim, não se rompe com o conceito de instrumentalidade do processo, mas se avança no sentido de reconhecer a necessidade de uma ciência jurídica autônoma, formal e pública, cuja finalidade é a promoção de um processo que assegure justiça e paz social. Um processo com formalidades necessárias para que seja e permaneça ordeiro, mas que não nega valores ainda maiores e umbilicalmente ligados aos ideais de justiça e de direito, que ao longo de milênios foram negados por fatores culturais, sociais, econômicos e políticos, através da prevalência da força do oponente, pela concepção privatista e excludente do direito, ou mesmo por formalismos exacerbados. Esse é o formalismo-valorativo, que nasce de uma perspectiva constitucional do processo, sobretudo porque a CR/88 se presta a corrigir distorções históricas das desigualdades em geral existentes na sociedade.

O formalismo-valorativo sofre influência dos sistemas jurídicos consolidados nos modelos americano e britânico – o *Rule of Law* –, especialmente de seu controle difuso de constitucionalidade e, mais recentemente, da cada vez maior ênfase aos precedentes – embora significativamente diferente no Brasil do que naqueles Estados –, posto a relevância de atuação do Judiciário como produtor essencial das fontes

primárias do direito naqueles países; do modelo francês – o *État Légal* –, em que a lei é a grande faceta do ordenamento jurídico, como limitadora do poder estatal; e do modelo alemão – o *Rechtsstaat* –, que se destaca pela influência de textos histórico-jurídicos na interpretação do direito, não resumido a uma legalidade convencional, antes ligado a uma ideia de supralegalidade, e que se situa num plano cultural e histórico de harmonia entre os aspectos sociais e os legais, interpretados e orientados pelo Tribunal Constitucional em um modelo de controle concentrado de constitucionalidade.

Esse conhecimento do direito comparado é relevante na medida em que se evidencia a adoção, no Brasil, de elementos de todos esses sistemas: controle de constitucionalidade difuso e concentrado, legislação constitucionalizada, com fundamental regramento da ação estatal e das garantias dos direitos individuais dos cidadãos, e a possibilidade de interpretação, tanto das leis quanto da Constituição, através de uma perspectiva histórica, cultural e doutrinária. A valorização de uma lei devidamente constitucionalizada e a perspectiva de tribunais livres, atuantes e independentes para analisar a subsunção da lei à norma constitucional se mostra fundamental, especialmente pelo histórico brasileiro de ocorrências de absolutismo e subjugação política, militar e econômica. Essa hibridez se revelou necessária para garantir que o Judiciário se tornasse um lugar para exercício da cidadania. Tribunais acessíveis e democráticos, para garantir, mais uma vez, os direitos individuais e sociais garantidos.

Esses aspectos evidenciam como o poder estatal e o direito, de forma geral, são vistos nos citados países. No contexto histórico brasileiro, como visto, não faltaram razões que justificassem a adoção de critérios variados. A metodologia processual foi revelada, no tempo e no espaço, de acordo com a experiência histórica e cultural de cada país, e revela o modelo de organização política de uma sociedade, espelho da relação entre as partes de um processo e o juiz. Três modelos serão abordados.

O primeiro é o paritário, próprio da experiência grega, em que a regra de isonomia dos cidadãos era a base de tudo, e se refletia inclusive na igualdade

das partes com o juiz. A liberdade era a base para que a vida política da *polis* tivesse a participação dos cidadãos, e não se poderia conceber um processo democrático sem que houvesse igualdade das partes para com o próprio juiz.

O segundo modelo é o hierárquico. Consolidado em Roma, em uma sociedade imperialista, é um modelo de assimetria entre juízes e partes. O juiz é um representante do Estado, funcionário público de carreira, dotado de amplo poder discricionário de império para instruir o processo e buscar a verdade, de forma que ao juiz era dado até o poder de mentir para obter a verdade, que por sua vez era uma obrigação das partes. Em versão mais moderna, o processo prussiano também pode ser citado como modelo hierárquico, com um processo que diz respeito ao direito estatal e é realizado de forma inquisitiva e autoritária, primando por eficiência e rapidez na conclusão do litígio.

O terceiro modelo é o que funda as bases do sistema atual: o cooperativo. Nele, Estado, sociedade e indivíduo permanecem em quadras distintas, mas todos submetidos ao direito, que busca uma sociedade livre, justa, solidária e atenta à dignidade da pessoa humana. Há formalidades, mas impera o equilíbrio e a cooperação. Predomina o contraditório no processo, de forma que às partes é dada voz para influir no julgamento justo da causa, em uma condição isonômica, e a decisão é realizada com autoridade pelo Estado-juiz, observados os ditames constitucionais e democráticos. E o juiz deve dialogar com as partes, para conduzir o processo de forma um modo cooperativo.

Esse processo cooperativo demanda, para sua formação, pressupostos sociais, lógicos e éticos. Os pressupostos sociais dizem respeito à própria essência da visão de como o poder estatal é exercido, o que foi explicado no parágrafo acima. Os lógicos dizem respeito à racionalidade posta na efetividade do processo e na própria verdade que é buscada. Na experiência iluminista, por exemplo, a busca por verdades absolutas conduzia o processo a buscar uma resposta típica de “certo e errado”, enquanto experiências baseadas no modelo grego antigo valorizavam a capacidade de diálogo, discussão e persuasão sobre uma verdade provável. A experiência histórica e cultural, por exemplo, influenciou o processo civil atual de forma que a lógica não é só sobre verdades

prováveis, mas também não só sobre verdades absolutas. Um exemplo é a instrumentalidade aplicada às formalidades, com vistas ao alcance de um resultado que se convenha ser justo, não só provavelmente justo.

No ponto, há que se destacar que a evolução da concepção de lógica aplicada ao universo do direito é um dos aspectos revolucionários do modelo assimétrico clássico de condução do processo. É nele que nasce a ideia de que as partes apontam fatos e o juiz dá o direito. Mas o rompimento dessa lógica de uma verdade absoluta empoderou as partes. Elas, com voz, e num ordenamento jurídico onde a legalidade perde espaço para a juridicidade – pois as regras, rígidas e mandamentais, passaram a ser lidas em conjunto com princípios, valores de maior relevo, alcance e abstração –, e às partes cabe fazer essa valoração com o juiz. Uma vez mais, a lógica da verdade absoluta perde sentido diante da busca por uma resposta estatal justa, em relações que não são algébricas, puramente racionais e exatas.

Surge, então, o pressuposto ético. Antes, a ética era um dever subjetivo, do íntimo das partes, e o próprio Estado do modelo hierárquico não tinha compromisso com ela, pois a busca pela verdade era, de certa forma, um fim em si mesmo. Mas o pressuposto ético de um processo cooperativo demanda a ética objetiva, a boa-fé objetiva, que não se exclui nem dos litigantes e nem do juiz. A ética do juiz se liga ao seu dever de agir de forma constitucional, em seu compromisso com os direitos individuais e sociais, de forma que deva representar um Estado imparcial, mas não neutro. É uma ética compromissada com valores maiores, que não impõe um prejuízo injusto, mas age dentro da juridicidade do processo para alcançar o seu fim e dar a quem de direito aquilo que lhe seja de direito.

Através desse *modus operandi* dos atores processuais, os litigantes se revestem de voz ativa na formação do objeto litigioso do processo, para delimitar o mérito da causa. O autor, pelo princípio da demanda, propõe a sua causa, apontando o substrato fático e o direito jurídico que sustenta o seu pedido. Por sua vez, o réu influi no processo a partir do contraditório, ao opor defesas diretas – negativa da existência do fato – ou indiretas – ao sustentar

fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor) de mérito. Se o autor não o faz adequadamente, sua petição inicial pode ser indeferida, desde que antes seja dialogado com a parte e o juízo para correção do vício. Se o réu não o faz, pode ser declarada sua revelia ou a causa ser perdida. E, por fim, de posse das alegações de ambas as partes, cabe ao juiz com elas dialogar para promover um julgamento justo.

Todas essas considerações teóricas extraídas da obra de Daniel Mitidiero se fazem necessárias para compreensão do que é um devido processo que, mais do que legal, seja constitucional. Elas se revelam pertinentes em função das modificações promovidas pelo novo Código de Processo Civil na disciplina do agravo de instrumento, importante recurso, apto a desafiar decisões interlocutórias, vistas como aquelas que não encerram a fase em que o processo se encontre – de conhecimento ou recursal, a rigor –, cujas hipóteses de cabimento foram restritas, levantando dúvidas sobre o benefício dessas restrições e a sua consentaneidade à própria essência de um processo cooperativo.

A restrição foi justificada porque o recurso foi rotulado como um embaraço aos tribunais. Restringi-lo permitiria julgamentos melhores e mais céleres. Mas isso não resolveu questionamentos sobre se o rol de hipóteses em que cabível o agravo é taxativo ou exemplificativo, se essas restrições não impõem prejuízo à marcha processual ao gerar processos anulados que não puderam ser recorridos e corrigidos a tempo, ou mesmo se não se estaria a oportunizar a banalização do mandado de segurança como sucedâneo recursal, tornando ordinários vários feitos nas já abarrotadas cortes superiores<sup>6</sup>.

Além disso, na medida em que aspectos culturais e históricos moldam a forma de ser do processo, uma leitura restritiva do instrumento recursal atribui significativa influência às interlocutórias, a qual a cultura jurídica não está

---

<sup>6</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 207-228, jan. 2016. Disponível em: <[https://www.academia.edu/23192367/A\\_RECORRIBILIDADE\\_DAS\\_INTERLOCUT%C3%93RIAS\\_NO\\_NOVO\\_CPC\\_VARIA%C3%87%C3%95ES SOBRE\\_O\\_TEMA](https://www.academia.edu/23192367/A_RECORRIBILIDADE_DAS_INTERLOCUT%C3%93RIAS_NO_NOVO_CPC_VARIA%C3%87%C3%95ES SOBRE_O_TEMA)>. Acesso em: 28 set. 2018.

habituada<sup>7</sup>, em especial em virtude da consolidada prática recursal, mesmo pela via do agravo de instrumento, que é significativamente ampla e estimulada na formação dos profissionais jurídicos brasileiros. A preocupação não é só quanto ao aspecto cultural, mas também porque existem dúvidas sobre os benefícios de tal avanço rumo a um maior formalismo, não necessariamente representativo do ideal de um processo cooperativo, e sobre quão culpado seria o agravo de instrumento pelos prejuízos a ele imputados<sup>8</sup>.

### 3 AGRAVO DE INSTRUMENTO: HIPÓTESES TAXATIVAS, INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA OU INTERPRETAÇÃO POR ANALOGIA?

O agravo de instrumento é um dos recursos previstos no Código de Processo Civil brasileiro, cuja finalidade é desafiar decisões interlocutórias que não põem termo ao processo judicial. Trata-se de um recurso cujas origens remontam ao direito português e ainda hoje permanece no Brasil<sup>9</sup>. Entretanto, por ser um recurso que, em regra, se destina a objurgar decisões não definitivas, a extensão de seu uso foi, ao longo das últimas décadas, paulatinamente restringida, até chegar-se ao estágio do atual código promulgado, que deliberadamente pretendeu diminuir a incidência do recurso visto por magistrados de todo o país como um dos grandes inimigos da prestação jurisdicional<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 237-254, jul. 2016. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.257.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.14.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>8</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, M. F. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no projeto de novo Código de Processo Civil. Revista da **Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso)**, v. 57, p. 139-160, 2010.

<sup>9</sup> JAYME, Fernando Gonzaga ; SANTOS, M. F. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no projeto de novo Código de Processo Civil. Revista da **Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso)**, v. 57, p. 139-160, 2010.

<sup>10</sup> BECKER, Rodrigo. TRIGUEIRO, Victor. **O rol taxativo de hipóteses do agravo de instrumento**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>>. Acesso em: 28/9/2018.



À época de sua tramitação legislativa, grandes foram as discussões acerca do recurso, sobretudo como restringi-lo<sup>11</sup>. O texto inicial do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 pretendia que o recurso fosse cabível contra decisões que versassem sobre tutelas provisórias, mérito da causa, decisões proferidas no cumprimento e na liquidação de sentença, na execução, no incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, além de decisões sobre pedido de justiça gratuita, admissão de assistente, exibição de documento ou coisa e sobre o direito de preferência na execução<sup>12</sup>. O texto final do Senado, após interpelações da sociedade civil e de parlamentares preocupados com o diminuto rol de hipóteses, tinha dezenas de outras previsões, como o indeferimento de produção de prova pericial, a decisão sobre competência, a aplicação ou não de negócio processual, dentre outras<sup>13</sup>.

No fim, as hipóteses foram restritas às atualmente previstas<sup>14</sup>, o que não tem encerrado as discussões a respeito do tema. De forma geral, a intenção foi preservar hipóteses em que houvesse a compreensão de que a impugnação da decisão interlocutória demandaria urgência<sup>15</sup>, sob pena de se prejudicar o

<sup>11</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 237-254, jul. 2016. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.257.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.14.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>12</sup> JAYME, Fernando Gonzaga ; SANTOS, M. F. . **A irreconciliabilidade das decisões interlocutórias no projeto de novo Código de Processo Civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso) , v. 57, p. 139-160, 2010.

<sup>13</sup> JOBIM, Marco Felix; CARVALHO, Fabrício de Farias. **A disciplina dos agravos no novo código de processo civil**. Revista da Ajuris, v. 41, p. 265-288, 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/336/271>>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>14</sup> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

<sup>15</sup> ORTEGA, Flávia Teixeira. **O que mudou no agravo de instrumento no Novo CPC?**. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/406252734/o-que-mudou-no-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc>>. Acesso em: 28 set. 2018.

andamento da causa. Por razões de praticidade quanto à lógica processual, em especial o fato de que parte da doutrina enxerga várias hipóteses de urgência ou de risco de prejuízo não previstas na norma, questionamentos sobre a taxatividade ou não do rol tem sido realizados. São questionamentos que visam refletir sobre o impacto da norma em temas como economia e celeridade processuais, efetividade da prestação jurisdicional e utilidade e qualidade do processo<sup>16</sup>

A rigor, sequer será objeto deste trabalho se discutir se o rol é exemplificativo, pois a soma de fatores relacionados ao histórico legislativo da norma, aliada à presença do próprio inciso XIII, que fala no cabimento do recurso na hipótese de “outros casos expressamente previstos em lei”, parece excluir, por pura interpretação literal, teleológica e histórica, a possibilidade de um rol exemplificativo. Contudo, opõe-se à ideia de uma taxatividade exclusiva o pensamento, com grandes adeptos, de ser possível uma interpretação extensiva ou analógica, em virtude de comparações entre as hipóteses do artigo 1.015 do código e outros casos semelhantes, que demandariam um tratamento isonômico. Fora isso, o próprio risco de popularização do mandado de segurança como desafiador de atos judiciais decisórios é visto como prejudicial, mesmo em termos de política judiciária<sup>17</sup>.

A ideia de uma taxatividade absoluta possui dois fundamentos principais. O primeiro se liga à intenção do legislador pois, no curso do processo legislativo, diversas foram as possibilidades inseridas no rol de hipóteses de cabimento e que, ao final, foram retiradas. A conclusão óbvia é que aprovou ao Legislativo uma política judiciária de acesso enxuto ao segundo grau de jurisdição quando a decisão não for definitiva, provavelmente com o propósito

<sup>16</sup> MELLO, Rogerio Licastró Torres de; RAMOS, Fabiana Souza; BONAGURA, Anna Paola; MONTANS, Renato. **O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>>. Acesso em: 28 set. 2018. 28 set. 2018.

<sup>17</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento – Uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015.** Revista de Processo, São Paulo, v. 242, ano 40, p. 273-282, abr. 2015.

justamente de dar celeridade ao processo<sup>18</sup>. Até porque a decisão que tarda não é a personificação do ideal de justiça<sup>19</sup>. Fora isso, a interpretação extensiva evidenciaria o ideal de “reconstruir a vontade legislativa existente para a relação jurídica que só por inexata formulação parece à primeira vista excluída”<sup>20</sup>, ideal esse nem sempre bem visto.

O posicionamento dominante na doutrina é, de fato, pela taxatividade, o que, para alguns outros, admite a interpretação extensiva<sup>21</sup>. A tese objetiva preservar uma marcha processual concatenada, inviabilizando atrasos na demanda<sup>22</sup>, de forma a não se permitir que o processo retroceda pela realização de atos processuais nulos que só serão impugnáveis na interposição recursal para, só então, após meses ou anos, se verificar a ocorrência do erro de julgamento<sup>23</sup>. Entretanto, embora possível generalizar o argumento, a variação depende de acordo com algumas hipóteses em que se tem defendido a interpretação extensiva, de forma que alguns exemplos serão abordados.

Antes, porém, é necessária uma distinção conceitual, uma vez que eventualmente há quem entenda que interpretação extensiva e interpretação por analogia guardam relação direta, ou ao menos sugere uma redação que

<sup>18</sup> BECKER, Rodrigo. TRIGUEIRO, Victor. **O rol taxativo de hipóteses do agravo de instrumento**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>19</sup> JAYME, Fernando Gonzaga ; SANTOS, M. F. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais** (Impresso) , v. 57, p. 139-160, 2010.

<sup>20</sup> BECKER, Rodrigo. TRIGUEIRO, Victor. **O rol taxativo de hipóteses do agravo de instrumento**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>21</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, ano 40, p. 273-282, abr. 2015.

<sup>22</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 237-254, jul. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.257.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.14.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>23</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema**. Revista de Processo, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 207-228, jan. 2016. Disponível em: <[https://www.academia.edu/23192367/A\\_RECORRIBILIDADE\\_DAS\\_INTERLOCUT%C3%93RIAS\\_NO\\_NOVO\\_CPC\\_VARIA%C3%87%C3%95ES SOBRE\\_O\\_TEMA](https://www.academia.edu/23192367/A_RECORRIBILIDADE_DAS_INTERLOCUT%C3%93RIAS_NO_NOVO_CPC_VARIA%C3%87%C3%95ES SOBRE_O_TEMA)>. Acesso em: 28 set. 2018.

induz a uma ideia de similitude entre os institutos<sup>24</sup>. Embora ambos pretendam ampliar o alcance de uma norma, a interpretação extensiva o faz através de um alargamento do núcleo conceitual contido na própria norma, enquanto a analogia visa abarcar situação abertamente não prevista, mas tida como similar à regida pela norma. Em um caso, a leitura é expandida nos limites do objeto da norma, enquanto no outro o que se pretende é uma técnica de integração do direito para preencher lacuna na norma. É cediço que o tema não é pacífico, mas esta parece ser a compreensão mais acertada, sobretudo porque, em um processo de direito público, a conformação de hipótese recursal precisa guardar relação com a própria legalidade recursal. Lacunas não podem ser deliberadamente preenchidas por meio da analogia, ao alvitre do intérprete<sup>25</sup>.

Passada a distinção, vejamos exemplos em que a interpretação extensiva tem sido sustentada.

A hipótese de agravo de instrumento interposto contra decisão que verse sobre tutela provisória, por exemplo, seria o sustentáculo da decisão que posterga a apreciação de liminar inaudita altera parte, posto que esta espécie de *decisum*, invariavelmente, diz respeito a um caso de tutela provisória que, a rigor, demanda urgência, mesmo que não tenha havido indeferimento do pedido<sup>26</sup>.

Outro exemplo: a decisão que revoga o efeito suspensivo concedido aos embargos do executado é agravável. Na prática, a defesa executiva fica

<sup>24</sup> ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. Revista de Processo, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.11.PDF)>. Acesso em: 28/9/2018.

<sup>25</sup> ALVIM, Teresa Arruda. **Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>>. Acesso em: 05/10/2018.

<sup>26</sup> ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. Revista de Processo, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.11.PDF)>. Acesso em: 28/9/2018.

inviabilizada de obstar atos expropriatórios. Assim, a decisão que indefira a concessão de efeito suspensivo deveria, também, ser agravável<sup>27</sup>.

Tome-se, por seu turno, a previsão de que é agravável a decisão que rejeita pedido de gratuidade de justiça ou acolhe o pedido de sua revogação. O núcleo da norma diz respeito à retirada do custeio estatal do processo para a parte. Essa autorização recursal balizaria a aceitação do agravo na hipótese de deferimento parcial do benefício. Se a parte requer isenção total das custas e o julgador lhe concede o direito de pagá-las de forma parcelada ou reduzida, há um deferimento parcial que representa o indeferimento do pedido de isenção total, legitimando a interposição do agravo<sup>28</sup>.

A dilação probatória, no revogado Código Buzaid, já ensejava irresignações quanto à recorribilidade das interlocutórias, porque não era encarada como ato urgente, e até então a essência do processo, instrumental, ainda sofria exacerbada influência do modelo hierárquico e assimétrico, tolhendo das partes uma maior capacidade de influir na produção probatória. Ao fim, não raras vezes sentenças eram cassadas para produção de prova anteriormente indeferida. No atual código, também não consta do rol de hipóteses da recorribilidade o agravo na instrução probatória, o que tem estimulado a interpretação extensiva no sentido de ser possível o recurso em virtude da recorribilidade da interlocutória na fase de liquidação de sentença, autorizada no parágrafo único da norma<sup>29</sup>. A alegação, contudo, não observa que a conclusão da liquidação de sentença, de modo a viabilizar o respectivo

<sup>27</sup> ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCP: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.11.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>28</sup> MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 147-168, jun. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.256.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.256.07.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>29</sup> ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCP: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.11.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

cumprimento, necessariamente demanda aquela instrução como fato absolutamente necessário para o prosseguimento da lide, o que não ocorre na instrução probatória da fase de conhecimento, cuja flexibilidade da dilação pode ser maior e diligências de fato protelatórias serem indeferidas sem um imediato prejuízo à continuidade do processo.

Um dos principais dispositivos que tem suscitado a defesa da interpretação extensiva é o que versa acerca da decisão que rejeitar a alegação de convenção de arbitragem. No ponto, entendimentos perfilham a linha de que esta decisão trata, em sua essência, de competência, o que importaria, tanto por isonomia processual às decisões relacionadas à competência, quanto pelos prejuízos da tramitação de um processo em juízo incompetente, o cabimento do recurso. Nessa mesma linha, sendo a convenção de arbitragem um negócio jurídico processual, decisões outras que negassem vigência a negócios jurídico processuais – como a escolha consensual de peritos e o acordo para suspensão do processo – seriam agraváveis<sup>30</sup>. Essas linhas de raciocínio têm sofrido críticas no que toca à generalização do recurso em qualquer caso que trate sobre competência ou negócio jurídico processual.

O primeiro aspecto a observar é que o cabimento diz respeito à rejeição da convenção da arbitragem, e não seu acolhimento. A diferença existe pelo fato de que, uma vez acolhida a exceção, permite-se a instauração do juízo arbitral. Entretanto, a rejeição da alegação obsta a sujeição da lide ao árbitro, inviabilizando o cumprimento do acordo de vontades sobre patrimônio disponível<sup>31</sup>.

Outros sustentam a necessidade de se dissecar o inciso de forma mais exaustiva, que levaria a dois conjuntos de premissas. No primeiro, o que se

<sup>30</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento – Uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, ano 40, p. 273-282, abr. 2015.

<sup>31</sup> MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 147-168, jun. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.256.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.256.07.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

estaria a tratar é de um negócio processual com o condão de levar o processo à extinção sem resolução do mérito. No segundo, a deliberação diria respeito à competência do juízo, possibilitando a extinção do feito sem resolução do mérito. Por esse raciocínio, somente seriam agraváveis, por extensão, as decisões que (i) não homologam pedido de desistência, pois ela obriga a continuidade do processo à revelia do interesse manifestado em obrigar a sua extinção sem resolução do mérito, e as (ii) sobre competência que, reconhecendo a incompetência no caso do processo tramitar em Juizado Especial ou envolver incompetência internacional, dado que essas decisões também conduzem à extinção do feito sem resolução do mérito. A crítica, portanto, se atém à necessidade de respeitar os limites semânticos e teleológicos da norma<sup>32</sup>.

De toda sorte, parece refutada a interpretação por analogia, embora alguns dos exemplos citados a ela se assemelhem. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça ainda pacificará o tema<sup>33</sup>, eis que estão afetados para julgamento os Recursos Especiais de nº 1.704.520/MT e 1.696.396/MT, pelo rito de julgamento dos recursos repetitivos, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi.

A necessidade de pacificação da matéria é evidente, pois a banalização da interpretação extensiva representaria a ignorância do propósito do legislador e, em última instância, trazer absoluta insegurança jurídica sobre o rol de decisões agraváveis. Essa insegurança existe porque, a rigor, as decisões não impugnáveis pelo agravo de instrumento devem ser recorridas na apelação ou nas contrarrazões da apelação. As recorríveis, se não forem tempestivamente objurgadas, precluem. As apeláveis possuem prazo mais extenso para ocorrência da preclusão. E a insegurança sobre as possibilidades em que a

<sup>32</sup> ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.11.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Corte vai decidir sobre admissão de agravo de instrumento em hipóteses não previstas no CPC**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-vai-decidir-sobre-admiss%C3%A3o-de-agravo-de-instrumento-em-hip%C3%B3teses-n%C3%A3o-previstas-no-CPC](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-vai-decidir-sobre-admiss%C3%A3o-de-agravo-de-instrumento-em-hip%C3%B3teses-n%C3%A3o-previstas-no-CPC)>. Acesso em: 28 set. 2018.

interpretação extensiva é possível reside justamente no perigo de precluírem decisões cuja literalidade da norma não abarcaria, mas a ampliação do rol de cabimento sim<sup>34</sup>. Há quem pense que essa situação se assemelha a um jogo de aposta com cartas dadas por juízes, inclusive<sup>35</sup>.

Em última análise, essa nefasta possibilidade atentaria contra o devido processo legal e, na ótica de um diálogo entre o Judiciário e as partes, sobre o próprio princípio do contraditório, em sua faceta proporcionada pelo duplo grau de jurisdição. É uma questão de segurança jurídica. E, por isso, a formatação atual do agravo de instrumento deve ser confrontada com tão importante princípio constitucional, o que o presente ensaio fará a seguir.

#### 4 O MODELO DO AGRAVO EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Em um ambiente de processo constitucionalizado, na perspectiva de um processo célere que não tolha das partes o direito de dialogar com a justiça, que, embora muito demandada, não pode se furtar de seu múnus essencial, parece certo que o código simplificou o sistema recursal<sup>36</sup>. Porém, há outras circunstâncias a serem observadas, sobretudo a percepção de provisoriedade que hoje paira sobre o processo com tamanha restrição quanto ao agravo de instrumento<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> MUNIZ, Mariana. **STJ amplia hipóteses de agravo de instrumento do CPC/15**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stj-amplia-hipoteses-de-agravo-de-instrumento-do-cpc15-21112017>>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>35</sup> BECKER, Rodrigo. TRIGUEIRO, Victor. **O rol taxativo de hipóteses do agravo de instrumento**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>36</sup> JOBIM, Marco Felix; CARVALHO, Fabrício de Farias. A disciplina dos agravos no novo código de processo civil. **Revista da Ajuris**, v. 41, p. 265-288, 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/336/271>>. Acesso em: 28/9/2018.

<sup>37</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 237-254, jul. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.257.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.14.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.



O termo provisoriedade se explica porque, com a exclusão de tantas hipóteses consideradas pela crítica processual como importantes de serem decididas previamente, a norma relegou significativas discussões a duas possibilidades distintas: o empoderamento da apelação e das contrarrazões de apelação, na medida em que o efeito devolutivo destas peças processuais foi alargado com a postergação da preclusão de interlocutórias<sup>38</sup>, e a banalização do mandado de segurança como sucedâneo recursal, posto que os litigantes possuem uma cultura judicial de ampla recorribilidade. No ponto, há que se destacar os perigos dessa última linha, em virtude dos privilégios que pairam sobre o *mandamus* e a facilidade com que este chega a cortes superiores<sup>39</sup>. A intenção de dar efetividade ao processo ao restringir o sistema recursal, assim, seria inócua, pois os agravos que seriam interpostos quando as partes pensassem ser situação urgente serão preteridos pelo remédio constitucional<sup>40</sup>.

Essa situação tem como pano de fundo a garantia de um processo constitucional que se funda no contraditório. O contraditório não é o mero direito de contrapor as alegações realizadas pela outra parte, mas as próprias decisões jurisdicionais. Ele faz parte da dialética do processo constitucional. Inegavelmente, a restrição deliberada de hipóteses recursais prejudica a essência de um processo pautado no formalismo-valorativo, porque dá muita ênfase ao “formalismo”, mas pouca ao “valorativo”. Aqui, a discussão passaria a se situar sobre o que é mais importante: a celeridade do processo, com a restrição recursal, ou a recorribilidade absoluta como regra, com um processo longo.

A valorização excessiva de qualquer desses aspectos é equivocada, porque a concretização finalística da atividade do Judiciário não é só

<sup>38</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 207-228, jan. 2016. Disponível em: <[https://www.academia.edu/23192367/A\\_RECORRIBILIDADE\\_DAS\\_INTERLOCUT%C3%93RIAS\\_NO\\_NOVO\\_CPC\\_VARIA%C3%87%C3%95ES SOBRE\\_O\\_TEMA](https://www.academia.edu/23192367/A_RECORRIBILIDADE_DAS_INTERLOCUT%C3%93RIAS_NO_NOVO_CPC_VARIA%C3%87%C3%95ES SOBRE_O_TEMA)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>39</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, M. F. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais** (Impresso), v. 57, p. 139-160, 2010.

<sup>40</sup> GODOY, Luciano. **O recurso de agravo: ontem, hoje e amanhã**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/luciano-godoy/o-recurso-de-agravo-ontem-hoje-e-amanha-14092015>>. Acesso em: 28 set. 2018.

quantitativa e nem só qualitativa, mas as duas coisas ao mesmo tempo. O que o processo não pode é ser absolutista ou incoerente, na medida em que decisões de mesma ou similar natureza sejam impugnadas na execução mas não no processo de conhecimento<sup>41</sup>.

O contexto da limitação do agravo de instrumento notabiliza várias circunstâncias no mínimo inapropriadas para a condução do processo. A primeira é que o legislador deixou clara sua pretensão para o recurso há menos de quatro anos e os tribunais têm modificado esse entendimento democrático exarado. A decisão política transformada em lei, no fim, não atendeu a expectativa. Mantido está o direito ao recurso, mas que pode ser tardio e provocar mais intempéries ao processo do que antes, em virtude do número de atos inúteis que podem ser praticados<sup>42</sup>. Por isso, a lógica consequencialista tem motivado advogados, membros do Ministério Público e magistrados a estender o alcance de normas cuja intenção é manifesta, no intuito de diminuir prejuízos<sup>43</sup>. Mas não se pode ignorar que essa mesma lógica produziu um rol de hipóteses agraváveis reduzido, pretensamente para otimizar o trabalho de tribunais, mas claramente diminuindo o diálogo fluído do jurisdicionado com as cortes de justiça.

Contudo, os resultados têm sido perceptíveis para o Judiciário. Na Justiça Federal, nos anos de 2014, 2015 – último ano em que vigeu o Código Buzaid –, 2016 e 2017, os números de agravos de instrumento interpostos foram de, respectivamente, 114.921, 118.371, 101.896 e 87.900. Na Justiça Estadual, as

<sup>41</sup> ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.11.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>42</sup> DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor**. RePro, v. 241, São Paulo: Ed. RT, mar. 2015. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/1744-leia-algumas-paginas.pdf>>. Acesso em: 28/9/2018.

<sup>43</sup> ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?** *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.11.PDF)>. Acesso em: 28/9/2018.

estatísticas apontam para um total, conforme o ano, de 1.614.812, 2.234.429, 2.058.590 e 1.919.011, respectivamente. Portanto, o recurso estava em uma curva de crescimento do uso, chegando ao pico no ano derradeiro do revogado código, e sofrendo reduções nos anos seguintes, com a vigência do novo estatuto processual, sobretudo na Justiça Federal<sup>44</sup>.

Nesse contexto, para remediações processuais mais ágeis, o *mandamus* começa a ser visto com mais carinho. Os já citados exemplos em que a interpretação extensiva tem sido sustentada se somariam a outros, como a decisão que determina a realização de emenda à petição inicial. O problema é que a doutrina e a jurisprudência, embora admitam o *writ* como meio de impugnação de ato judicial – algo que até pouco tempo atrás era esclarecido pela Súmula nº 267 do Supremo Tribunal, segundo a qual “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” –, só aceitam essa possibilidade diante de decisões irrecuráveis, e a regra da irrecorribilidade não é absoluta, mas apenas imediata. O prejuízo ao contraditório entre as partes e o Judiciário é inquestionável<sup>45</sup>.

O *mandamus* precisa ser restrito a hipóteses de real importância, por sua natureza e o tratamento diferenciado que o acompanha. É desarrazoado se pensar em um pedido de segurança contra ato que determina emenda à inicial a um instrumento que deveria garantir a reintegração em um emprego público, por exemplo. O mesmo deve ser restrito não só a situações em que haja dano irreparável ou de difícil reparação<sup>46</sup>, mas que também envolvam

<sup>44</sup> Os resultados são acessíveis nos painéis de controle das estatísticas do Judiciário, disponibilizado pelo CNJ no link: <[https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT)>.

<sup>45</sup> MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RAMOS, Fabiana Souza; BONAGURA, Anna Paola; MONTANS, Renato. **O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>46</sup> MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 147-168, jun. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.256.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.256.07.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

pronunciamentos de patente ilegalidade, teratologia ou abusividade, para resguardar o direito material ou o próprio processo, caso estejam em risco<sup>47</sup>.

Não há que se olvidar em dizer: o novo Código de Processo Civil mudou o sistema recursal e o simplificou, como regra<sup>48</sup>, o que tem levado a resultados otimistas no que toca ao quantitativo de feitos que tramitam nos tribunais, sem informações em sentido contrário quanto ao uso do mandado de segurança. Mas isso não significa que a nova diretriz processual não seja danosa à essência de um processo balizado pelo contraditório, a ponto de alguns afirmarem ser necessário se optar pela interpretação de que o art. 1.015 apresenta rol meramente exemplificativo ou escolher pelo cabimento do mandamus nas hipóteses ali não contempladas<sup>49</sup>. Evidentemente, há um necessário ajuste a ser realizado na comunidade jurídica brasileira, levando em consideração a vontade do legislador e as necessidades de um processo constitucional.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O agravo de instrumento é histórico no processo civil brasileiro. Está enraizado na sistemática recursal, de forma que o abolir é impensável. Mas isso não muda o fato de que, para uma prestação jurisdicional qualitativa, a cultura litigante precisa ser revista, reanalisada e, sobretudo, redesenhada, para um padrão que traga maior estabilidade não só ao processo, mas às próprias relações jurídico-processuais. Invariavelmente, elas são afetadas por esse modelo problemático de socorro à jurisdição.

<sup>47</sup> ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCP: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.11.PDF)>. Acesso em: 28/9/2018.

<sup>48</sup> JOBIM, Marco Felix; CARVALHO, Fabrício de Farias. A disciplina dos agravos no novo código de processo civil. **Revista da Ajuris**, v. 41, p. 265-288, 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/336/271>>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>49</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema**. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 207-228, jan. 2016. Disponível em: <[https://www.academia.edu/23192367/A\\_RECORRIBILIDADE\\_DAS\\_INTERLOCUT%C3%93RIAS\\_NO\\_NOVO\\_CPC\\_VARIA%C3%87%C3%95ES SOBRE\\_O\\_TEMA](https://www.academia.edu/23192367/A_RECORRIBILIDADE_DAS_INTERLOCUT%C3%93RIAS_NO_NOVO_CPC_VARIA%C3%87%C3%95ES SOBRE_O_TEMA)>. Acesso em: 28/9/2018.

É certo que a mudança de mentalidade e de prática demanda tempo, mas isso não legitima a imposição estatal de inviabilizar um devido direito recursal tempestivo. Já é cedo há muito tempo pela humanidade que justiça que tarda é justiça que falha, e a existência de decisões claramente prejudiciais, mas inatacáveis em um primeiro momento por mera formalidade, não consolidará nem o direito almejado pelo jurisdicionado e nem a gestão judiciária pretendida pelo Legislativo e pelos tribunais. A bem da verdade, é provável que a banalização do mandado de segurança como sucedâneo ou substitutivo recursal ainda não tenha se estabelecido em virtude da relativa juventude do novel *códex*, o que ainda sugere a necessidade de adaptação dos profissionais da comunidade jurídica.

Mais do que discutir a taxatividade da norma, a grande preocupação deveria ser com a essência de um processo segundo a teleologia constitucional. Infelizmente, dadas as circunstâncias do processo legislativo, com a retirada de hipóteses do rol de recorribilidade das interlocutórias, as quais hoje pretendem tornar recorríveis a pretexto de interpretação extensiva ou por analogia, as mesmas assim não deveriam ser reconhecidas. Foi o interesse definido pelo legislador após longo trâmite legislativo, com a oitiva de profissionais e acadêmicos, mestres e doutores das mais variadas categoriais interessadas. Contudo, respeitados os limites semânticos e os propósitos do dispositivo processual, a interpretação extensiva deve ser possibilitada, sempre com a intenção de tornar o processo o mais constitucional possível. Um processo em que o contraditório, entre partes e o Estado-juiz, é possível. Não somente possível, mas tempestivo. E que isso seja feito sem ferir fundamento da Constituição da República, que é a tripartição de poderes. A vontade do Legislativo também deve ser respeitada.

Embora não seja recomendável, se faz necessária a admissão do *mandamus* como instrumento reparador das decisões não sujeitas à interpretação extensiva. Ao Estado não é dado o direito de ser autoritário para restringir inconstitucionalmente o direito do jurisdicionado a uma prestação decisória célere e qualitativa. A demora na correção do julgamento não

interessa a nenhum desses predicados. Embora não desejável, é a alternativa que tem restado até que a lei seja aprimorada novamente. Não seria incoerente afirmar que, embora benéfica, a restrição recursal significativa do agravo impôs prejuízo ao jurisdicionado, e sua revisão é medida necessária. Não deveria ser do alvitre das cortes de justiça mudar o que recentemente foi estabelecido pelo legislador – a pedido das próprias, ressalte-se.

A problemática objeto deste ensaio revela a necessidade de se discutir a efetividade, quantitativa e qualitativa, da prestação jurisdicional, medida em números que não digam respeito só ao *quantum* de decisões lançadas, e menos ainda no quanto elas são ou deixam de ser recorridas. Pois tanto o ato de recorrer como o ato de não recorrer não podem ser tidos como representativos da qualidade, quando o recurso é legalmente proibido. O processo precisa ser repensado na forma como culturalmente é conduzido, para que seja realmente democrático, com um efetivo contraditório, respeitada a vontade de um legislador coerente e que possibilite a melhor política legislativa. A atual não vige a muito tempo e parece precisar de mudanças. E se elas não forem feitas, feliz ou infelizmente, os tribunais a farão.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>>. Acesso em: 5 out. 2018.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 207-228, jan. 2016. Disponível em: <[https://www.academia.edu/23192367/A\\_RECORRIBILIDADE\\_DAS\\_INTERLOCUT%3%93RIAS\\_NO\\_NOVO\\_CPC\\_VARIA%3%87%3%95ES\\_SOBRE\\_O\\_TEM\\_A](https://www.academia.edu/23192367/A_RECORRIBILIDADE_DAS_INTERLOCUT%3%93RIAS_NO_NOVO_CPC_VARIA%3%87%3%95ES_SOBRE_O_TEM_A)>. Acesso em: 28 set. 2018.

BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. **O rol taxativo de hipóteses do agravo de instrumento**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Corte vai decidir sobre admissão de agravo de instrumento em hipóteses não previstas no CPC**. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-vai-decidir-sobre-admiss%C3%A3o-de-agravo-de-instrumento-em-hip%C3%B3teses-n%C3%A3o-previstas-no-CPC](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-vai-decidir-sobre-admiss%C3%A3o-de-agravo-de-instrumento-em-hip%C3%B3teses-n%C3%A3o-previstas-no-CPC)>. Acesso em: 28 set. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, ano 40, p. 273-282, abr. 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. *RePro*, São Paulo, v. 241, mar. 2015. Disponível em:

<<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/1744-leia-algumas-paginas.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

GODOY, Luciano. **O recurso de agravo: ontem, hoje e amanhã**. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/luciano-godoy/o-recurso-de-agravo-ontem-hoje-e-amanha-14092015>>. Acesso em: 28 set. 2018.

JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, M. F. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso), v. 57, p. 139-160, 2010.

JOBIM, Marco Felix; CARVALHO, Fabrício de Farias. A disciplina dos agravos no novo código de processo civil. *Revista da Ajuris*, v. 41, p. 265-288, 2014.

Disponível em:

<<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/336/271>>. Acesso em: 28 set. 2018.

LE MOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 237-254, jul. 2016. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.257.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.14.PDF)>. Acesso em: 28/9/2018.

MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 147-168, jun. 2016. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.256.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.256.07.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de et al. **O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>>. Acesso em: 28 set. 2018.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 147 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

MUNIZ, Mariana. **STJ amplia hipóteses de agravo de instrumento do CPC/15**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stj-amplia-hipoteses-de-agravo-de-instrumento-do-cpc15-21112017>>. Acesso em: 28 set. 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **O que mudou no agravo de instrumento no Novo CPC?** Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/406252734/o-que-mudou-no-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc>>. Acesso em: 28 set. 2018.

ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.11.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.